

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

Guilherme Nascimento Frederico

**TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA: ANÁLISE DAS HIPÓTESES PREVISTAS
NO ARTIGO 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

MESTRADO EM DIREITO

São Paulo

2024

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PROGRAMA DE ESTUDOS PÓS-GRADUADOS EM DIREITO

Guilherme Nascimento Frederico

**TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA: ANÁLISE DAS HIPÓTESES PREVISTAS
NO ARTIGO 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Mestrado em Direito Processual Civil

Dissertação apresentada à banca examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez.

São Paulo

2024

Espaço para a Ficha Catalográfica

GUILHERME NASCIMENTO FREDERICO

**TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA: ANÁLISE DAS HIPÓTESES
PREVISTAS NO ARTIGO 311 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, na área de Direito Processual Civil.

Data da aprovação: 27 de agosto de 2024.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Anselmo Prieto Alvarez

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professor Doutor Sérgio Seiji Shimura

Instituição: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Professora Doutora Cristiane Druve Tavares Fagundes

Instituição: Universidade Presbiteriana Mackenzie

Julgamento: _____ Assinatura: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha esposa Juliana e à minha filha Lorena, que me ensinaram o verdadeiro significado de amor incondicional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu orientador, Professor Anselmo Prieto Alvarez, cuja grandeza humana me faz acreditar em um futuro melhor para o mundo. A generosidade e o brilho intelectual do Professor Anselmo foram indispensáveis para o desenvolvimento deste trabalho.

Agradeço, também, aos demais docentes que, para meu orgulho, fizeram parte da banca examinadora desta dissertação: Sérgio Seiji Shimura, fonte de inspiração acadêmica e exemplo de retidão, e Cristiane Druve Tavares Fagundes, uma das mais proeminentes – e gentis – processualistas da atual geração.

Estendo os agradecimentos ao meu primo e padrinho Francisco, verdadeiro farol moral e grande responsável por despertar em mim a paixão pela ciência processual.

Não poderia deixar de expressar a minha eterna gratidão aos meus pais, Guilherme e Maria Isabel, que, além de me concederem a dádiva da vida, ensinaram-me o valor do trabalho árduo.

Por todo o suporte e por toda a compreensão, agradeço, ainda, aos meus sogros Alexandre e Adriana.

Finalmente, o meu muito obrigado a todos aqueles que contribuíram, de alguma forma, para a elaboração desta pesquisa.

RESUMO

FREDERICO, Guilherme Nascimento. **Tutela provisória da evidência: análise das hipóteses previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil**. Orientador: Anselmo Prieto Alvarez. 2024. 215 f. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2024.

O presente trabalho tem por escopo analisar o instituto da tutela provisória da evidência, notadamente as hipóteses versadas no artigo 311 do Código de Processo Civil. Para tanto, parte-se do exame histórico do fenômeno da constitucionalização do processo, com a posterior investigação dos princípios do acesso à justiça, da efetividade da tutela jurisdicional e da duração razoável do processo – todos previstos na Carta Magna. Na sequência, esta dissertação investiga as técnicas de cognição judicial, matéria afeita às denominadas tutelas diferenciadas. Em seguida, debruça-se sobre a disciplina das tutelas provisórias no Código de Processo Civil, sem prejuízo da necessária perquirição da matéria, tal como concebida pelo *Codex* revogado. O estudo, então, estabelece a premissa de que a tutela provisória é gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela da evidência, passando a nortear por completo a monografia. Vale ressaltar que a realização imediata do direito evidente, independentemente da demonstração do *periculum in mora*, não se trata de novidade no ordenamento jurídico processual brasileiro. De fato, essa técnica já estava prevista no Código de Processo Civil de 1973. Porém, coube ao diploma vigente sistematizar e positivar a tutela provisória da evidência, fazendo-o, ainda que não de maneira exauriente, no artigo 311. São justamente os incisos do referido dispositivo legal que restam examinados na pesquisa. Atesta-se, pois, que o ônus do tempo do processo não pode ser suportado pela parte que comprova possuir maiores chances de se sagrar vencedora na demanda. Assim, diante da necessidade de se distribuir de forma mais equilibrada, justa e equânime o ônus do tempo do processo, a tutela da evidência visa combater o denominado dano marginal do processo, caracterizado justamente pela demora ínsita à prestação da tutela jurisdicional. A técnica esmiuçada permite, mesmo sem o requisito da urgência, a satisfação provisória e antecipada dos direitos que se mostrem prováveis diante das provas já produzidas e da fragilidade, efetiva ou presumida, da defesa do réu.

Palavras-chave: Tutela provisória da evidência. Efetividade da tutela jurisdicional. Probabilidade do direito. Fragilidade da defesa. Distribuição do ônus do tempo do processo. Satisfação dos direitos evidentes.

ABSTRACT

FREDERICO, Guilherme Nascimento. **Tutela provisória da evidência**: análise das hipóteses previstas no artigo 311 do Código de Processo Civil. Orientador: Anselmo Prieto Alvarez. 2024. 215 f. Mestrado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2024.

This work aims to analyze the institute of provisional evidence relief, notably the hypotheses addressed in Article 311 of the Code of Civil Procedure. To this end, it starts with a historical examination of the phenomenon of the constitutionalization of the process, followed by an investigation of the principles of access to justice, the effectiveness of judicial relief, and the reasonable duration of the process - all provided for in the Constitution. Subsequently, this dissertation investigates the techniques of judicial cognition, a subject related to the so-called differentiated protections. Next, it delves into the discipline of provisional relief in the Code of Civil Procedure, without neglecting the necessary inquiry into the subject as conceived by the revoked Code. The study then establishes the premise that provisional relief is a genus of which urgency relief and evidence relief are species, with the latter guiding the entire monograph. It is worth noting that the immediate realization of evident rights, regardless of the demonstration of *periculum in mora*, is not a novelty in the Brazilian procedural legal system. Indeed, this technique was already provided for in the 1973 Code of Civil Procedure. However, it was up to the current diploma to systematize and positivize provisional evidence relief, doing so, albeit not exhaustively, in Article 311. It is precisely the subsections of this legal provision that are examined in the research. Thus, it is affirmed that the burden of process time cannot be borne by the party that proves to have a higher chance of winning the case. Therefore, given the need to distribute the burden of process time more equitably, justly, and fairly, evidence relief aims to combat the so-called marginal damage of the process, characterized precisely by the delay inherent to the provision of judicial relief. The detailed technique allows, even without the urgency requirement, the provisional and early satisfaction of rights that appear likely based on the evidence already produced and the effective or presumed weakness of the defendant's defense.

Keywords: Preliminary relief based on clear rights. Effectiveness of judicial relief. Probability of the alleged claim. Inconsistency of defense. Distribution of the burden of procedural time. Satisfaction of clear rights.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO.....	15
2.1. O paradigma do Estado Liberal	15
2.2. O paradigma do Estado Social	20
2.3. O paradigma do Estado Democrático de Direito.....	24
2.4. O acesso à justiça como mecanismo de realização do direito	29
2.5. A efetividade da tutela jurisdicional.....	35
2.6. A duração razoável do processo	40
3. AS TÉCNICAS DE COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL	46
3.1. Tutelas diferenciadas e sua relação com a efetividade do processo	46
3.2. Cognição plena e cognição parcial	51
3.3. Cognição exauriente e cognição sumária	56
4. A DISCIPLINA DA TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL ..	67
4.1. Breve relato histórico da tutela provisória	67
4.2. A sistematização da tutela provisória na lei processual vigente.....	72
4.3. Notas distintivas entre a tutela cautelar e a tutela antecipada	79
4.4. Requisitos para a obtenção da tutela provisória de urgência.....	84
4.5. Características comuns à tutela cautelar e à tutela antecipada	93
4.5.1. Provisoriedade	93
4.5.2. Revogabilidade	96
4.5.3. Sumariedade da cognição	101
5. ESPECIFICAMENTE DA TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA.....	105
5.1. O ônus do tempo do processo.....	105
5.2. Tutela da evidência: noções gerais	111
5.3. A probabilidade do direito na tutela da evidência.....	116
5.4. Concisa notícia histórica da tutela da evidência	123
5.5. A tutela da evidência no Direito comparado	127
5.5.1. Ordenamento jurídico francês	127
5.5.2. Ordenamento jurídico italiano	130
5.6. A tutela da evidência no Código de Processo Civil de 1973	134
5.7. A tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015	141
5.7.1. A não taxatividade do rol do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015	141

5.7.2. A tutela provisória da evidência lastreada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório da parte (artigo 311, inciso I, do Código de Processo Civil).....	145
5.7.3. A tutela provisória da evidência baseada no sistema de precedentes judiciais (artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil)	151
5.7.4. A tutela provisória da evidência fundada em contrato de depósito (artigo 311, inciso III, do Código de Processo Civil)	158
5.7.5. A tutela provisória da evidência amparada em prova documental suficiente, à qual o réu não oponha dúvida razoável (artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil).....	164
5.7.6. Parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil: a concessão liminar da tutela provisória da evidência	171
5.7.7. Impossibilidade de concessão em caráter antecedente e de estabilização da tutela provisória da evidência.....	175
5.7.8. Impossibilidade de concessão <i>ex officio</i> da tutela provisória da evidência.....	180
5.7.9. A tutela provisória da evidência concedida na sentença: notas empíricas.....	186
5.7.10. A tutela da evidência contra o Poder Público	190
6. CONCLUSÃO	195
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	201

1. INTRODUÇÃO

A Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 2015, logo em seus dois primeiros parágrafos, denota o comprometimento do legislador com a efetividade da tutela jurisdicional. Transcreve-se:

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo¹.

Em outras palavras, o processo, por gozar de caráter eminentemente instrumental, somente será efetivo se servir para o fim a que se destina, qual seja, realizar o direito material.

Cumprir observar que a efetividade da tutela jurisdicional tem lastro na Constituição Federal, notadamente no inciso XXXV do artigo 5º. Vale dizer, o direito de provocar o Poder Judiciário e retirar a jurisdição de sua inércia está assegurado a todos em âmbito constitucional.

Na verdade, mais do que garantir a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a Carta Magna afiança a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, a qual pressupõe, entre outras perspectivas, a duração razoável do processo – conforme reza o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal.

Sabido que os efeitos do tempo no processo há muito preocupam a comunidade jurídica pátria e estrangeira, sendo unânime o entendimento doutrinário de que a prestação jurisdicional entregue tardiamente é injusta, ainda que solucione a lide. Com efeito, quanto maior for a demora na tramitação da demanda judicial, menores são as chances de o resultado final ser eficaz.

Nesse passo, é imprescindível que o sistema processual civil proporcione aos jurisdicionados o reconhecimento e a satisfação dos direitos, sob pena de

¹ BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 24.

incompatibilização com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito.

A eficácia da decisão, portanto, é essencial para se concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição.

Em rigor, eventual ineficiência do sistema processual civil implica o comprometimento da efetividade de todo o ordenamento jurídico, em prejuízo à consecução do direito material.

Diante dessa problemática, o Código de Processo Civil indubitavelmente se empenha em garantir efetividade às decisões judiciais, prevendo a adoção de técnicas e de regras procedimentais que ensejam maior celeridade ao trâmite do feito sem, contudo, suprimir as garantias constitucionais do processo².

Tal assertiva se extrai com nitidez do artigo 4º, incluso entre as normas fundamentais do processo civil, e que encampa o princípio da duração razoável do processo e o princípio da primazia do julgamento de mérito. Com efeito, atento à concreta solução meritória do litígio, o Código de Processo Civil vigente tratou de estabelecer regras para o aproveitamento da demanda.

A título exemplificativo, cita-se, sem prejuízo de outros dispositivos legais: (a) o artigo 76, que permite seja sanado o vício de representação da parte; (b) os artigos 317 e 352, que concedem à parte prazo para a correção de irregularidades ou vícios sanáveis; (c) o artigo 321, que prevê a emenda da petição inicial; (d) o artigo 338, que possibilita a substituição da parte supostamente ilegítima; (e) o artigo 932, parágrafo único, que franqueia à parte o saneamento de vícios no âmbito recursal; (f) o artigo 1.007, que confere prazo para a regularização do preparo; e (g) o artigo 1.029, parágrafo 3º, que viabiliza seja desconsiderado vício formal de recurso interposto tempestivamente.

Além disso, visando à efetivação das decisões judiciais, o legislador estabeleceu a cláusula geral de ampliação dos poderes do juiz, insculpida no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Não se olvidam, ainda, a criação, a sistematização e a ratificação de institutos voltados à celeridade do processo, tais como: (a) o julgamento antecipado do mérito

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 22.

(artigo 355); (b) a ação monitória (artigos 700 a 702); (c) o julgamento liminar de improcedência (artigo 332); (d) os julgamentos monocráticos pelo relator (artigo 932); (e) a prova emprestada (artigo 372); (f) a repressão à chicana processual (artigo 77, parágrafo 2º); (g) o julgamento dos recursos especiais e extraordinários repetitivos (artigos 1.036 a 1.041); (h) o incidente de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987); (i) a eficácia vinculante de precedentes e súmulas (artigo 927); e (j) o incentivo à prática de atos processuais pelo meio eletrônico.

Precisamente no plano da distribuição do ônus do tempo do processo, com o escopo de lhe conferir eficiência e celeridade, o *Codex*, entre os propalados expedientes, valeu-se da positivação da denominada tutela provisória da evidência – instituto que norteia este estudo.

Tem-se, na tutela provisória da evidência, verdadeiro instrumento eleito pelo legislador para combater o estado de injustiça que se instaura quando o decurso do tempo, necessário à tramitação processual, beneficia a parte que provavelmente não tem razão.

Urge salientar que o decorrer do tempo do processo pode ser lesivo não somente nas hipóteses de urgência. Ora, quanto maior a demora para a entrega do bem da vida, maior é o dano imposto às partes, sobretudo ao litigante que goza de razão.

Não é crível, pois, impor o ônus do tempo do processo à parte cujo direito se mostra evidente como condicionante para a entrega do bem da vida perseguido.

É nesse contexto que a realização do direito evidente, ainda que de forma provisória, e independentemente da demonstração de urgência, pactua com a almejada efetividade da tutela jurisdicional.

Importante registrar que a tutela provisória da evidência não constitui uma inovação do sistema processual vigente. Na verdade, já se admitia, no ordenamento jurídico brasileiro, em hipóteses específicas, a concessão de tutela provisória, independentemente da demonstração de urgência.

Coube ao legislador sistematizar no artigo 311 do Código de Processo Civil, embora de forma não exaustiva, as situações fático-processuais que ensejam a proteção do direito tido por evidente.

Destarte, nas hipóteses contempladas pelos incisos I a IV do aludido dispositivo legal – sempre aliadas a um juízo de probabilidade – deverá ser conferido ao autor o efeito prático da tutela jurisdicional pretendida, ainda que não haja risco de perecimento do direito ou de inutilidade do processo.

O escopo deste estudo é justamente analisar de forma detida o rol do artigo 311 do Código de Processo Civil, buscando a verdadeira função da tutela provisória da evidência e visando dela extrair proveito em prol dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo.

2. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

2.1. O paradigma do Estado Liberal

A Revolução Francesa – que remonta à segunda metade do século XVIII – é comumente associada ao início da predominância do ideário liberal e de seu respectivo modelo de Estado, já que formatou as diretrizes mestras da política e da ideologia do século XIX.

Conforme enuncia Luís Roberto Barroso:

A título histórico, a ocorrência da Revolução Francesa no ano de 1789 foi o grande marco de rompimento com o Estado absolutista monárquico até então vigente³.

Em complemento, assim adverte Paulo Bonavides:

O poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, com os quais perdera toda a identificação legitimativa⁴.

De forma mais ampla, o levante se deu contra o Absolutismo, as relações feudais no campo e os privilégios da nobreza e do clero⁵.

A cabo, portanto, o Estado Liberal representou o término do Estado Absolutista, cujas origens, por sua vez, reportam-se ao século XVI.

Depreende-se do magistério de José Manoel de Arruda Alvim Netto que:

O Estado Liberal nasceu de poderoso movimento social, marcado pela universalização de sua mensagem e estribado em três emblemas: Liberdade, Igualdade e Fraternidade. A liberdade foi entendida como liberdade do indivíduo contra o Estado, para conter o Estado e proteger a esfera individual de cada um contra o poder estatal. Não foi considerado que a liberdade existe também no relacionamento entre os homens. A igualdade pregada e realizada foi a chamada igualdade formal, em que eram inteiramente desconsideradas as situações sociais de desigualdade. E a fraternidade, em rigor, não foi realizada⁶.

³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 41.

⁴ BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 171.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 41.

⁶ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A evolução do direito e a tutela de urgência. *In*: ARMELIN, Donaldo. **Tutelas de urgência e cautelares: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 152.

É relevante notar que a Revolução Francesa foi levada a termo principalmente pelos camponeses pobres – então aliados à nascente burguesia. Não obstante, em um primeiro momento, as consequências da Revolução Francesa serviram unicamente aos burgueses, ou seja, aos comerciantes e aos proprietários de terras, que viam no Estado Absolutista pré-revolucionário uma restrição completamente engessante da máxima realização de seus interesses.

Com arrimo nos ensinamentos de Ricardo Quartim de Moraes, tem-se que:

Realizada a Revolução, os burgueses cuidaram para que seus efeitos se restringissem a satisfazer seus anseios, mas não fossem a ponto de realizar o tipo de justiça social almejado pelo campesinato e pelos *sans-culottes*⁷.

De fato, já na primeira metade do século XIX, a pauperização das massas era notável⁸.

As Constituições da época, exatamente porque destinadas à consecução da liberdade individual, preocupam-se em proteger o indivíduo contra o Estado. A burguesia, enquanto classe revolucionária idealizadora desse modelo de Estado, ligada aos filósofos e juristas desse tempo (século XVIII), carecia de segurança jurídica para consolidar os desígnios liberais trazidos pela revolução.

Para atingir tal propósito, o referencial passou a ser a lei, que, em fins do século XVIII e início do XIX, era insuscetível de qualquer interpretação, ainda que literal – a qual veio a ser admitida aproximadamente na terceira década do século XIX.

Preponderavam nos pontos centrais do tecido legislativo textos normativos minuciosos, com mais elementos definitórios das situações e das condutas em que deveriam incidir. Dessa forma, a técnica legislativa então empregada estabelecia condições de previsibilidade para o maior controle sobre os juízes.

Ainda que fossem utilizados conceitos vagos, estes não se alojavam em pontos capitais do sistema jurídico, diferentemente do que ocorre na atualidade. Vale lembrar

⁷ MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, nº 204, out./dez. 2014. Disponível em:

https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269. Acesso em 08 de agosto de 2023.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51.

que os juízes eram oriundos da antiga nobreza, o que despertava a desconfiança dos legisladores franceses⁹.

Em decorrência do quanto acima exposto, acabou-se limitando a atividade jurisdicional – especialmente no que diz respeito à interpretação – a um âmbito estrito. O juiz, nesse contexto, era tido como mero “boca da lei”.

Foram essas condições que, basicamente, marcaram a contextura do Estado Liberal: a preocupação premente com a liberdade individual e o correlato apequenamento do Estado, que apenas intervinha para garantir a liberdade individual.

Acrescenta-se a isso o objetivo de consolidar as instituições, de forma a garantir a segurança jurídica da classe emergente mediante o primado da lei e da previsibilidade das consequências jurídicas para cada ato praticado, o que dependia do alto grau de minúcia e vinculação dos textos normativos em detrimento da atividade jurisdicional. O ideal de segurança jurídica espalhava, então, todos os domínios do direito.

Nessa esteira, acerca da ideia de segurança jurídica no âmbito do Direito Privado pós-Revolução Francesa, José Manoel de Arruda Alvim Netto aclama que:

No direito privado, essa ideia se fez presente: na natureza absoluta e individualista do direito de propriedade, inviolável em todos os sentidos; na estrutura e na invulnerabilidade de contrato, regido pela supremacia estrita da vontade (*pacta sunt servanda*) e pela intervenção estatal mínima; no dogma da intangibilidade da vontade humana, que determinava a solução das obrigações em perdas e danos; nas bases do regime jurídico familiar, menos preocupado com a convivência harmônica e igualitária no núcleo familiar do que com a regulamentação dos direitos patrimoniais dos indivíduos que o compunham; na concepção igualmente individual de responsabilização civil, fundada, via de regra, em critérios estritamente objetivos, dissociados da visão social posteriormente inculcada nas teorias do risco da atividade¹⁰.

Sob o ponto de vista econômico, portanto, a nova ordem inaugurada pelo Estado Liberal tinha como aspecto nodal um mercado natural, no qual a pauta de atuação de todos os participantes é a realização de seus interesses individuais sem amarras, em substituição a um mercado artificial, prenhe de restrições sobre a produção e calcado pela insegurança decorrente do poder incontestável do soberano¹¹.

⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *op. cit.*, p. 153.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 153.

¹¹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973, p. 74.

As limitações ao poder do soberano impostas pelo modelo de Estado Liberal são um ponto fundamental de sua natureza. Tais limitações constituem o objetivo primeiro do movimento que culminou no Estado Liberal, pois a corrente ideológica que, ao fim, prevaleceu no seio da Revolução Francesa objetivava a criação de um mercado autorregulado e imune a interferências estatais de qualquer gênero.

Segundo Wanderley Guilherme dos Santos:

Dada essa característica abstencionista, qualquer ação do Estado Liberal se baseava na seguinte premissa: só é legítima a ação estatal absolutamente necessária e esse critério de necessidade somente se perfaz quando a ação estatal vise a preservar a segurança individual dos cidadãos¹².

O Direito foi posto à disposição da liberalização econômica por intermédio da criação de institutos como o negócio jurídico e o contrato e da consequente elevação da liberdade contratual a axioma central do ordenamento jurídico.

Desse modo, por meio da concepção de lei geral e abstrata, portadora de uma igualdade estritamente formal e do abstencionismo econômico, o Estado Liberal atribuiu segurança jurídica às trocas mercantis, criou um mercado de trabalho repleto de mão de obra barata e assegurou à iniciativa privada a realização de qualquer atividade potencialmente lucrativa.

A era da codificação, impulsionada pelo êxtase do Código Napoleônico, refletiu a mentalidade burguesa em todos os sentidos: a consolidação da atividade legislativa em códigos exprimia os ideais de segurança proporcionados pela regulamentação extenuante e organizada dos direitos dos cidadãos.

Na acepção de Judith Martins-Costa, reportando-se à conjuntura da época, o termo “código” exprimia:

Peculiar tipo de norma, aquela postulada pelo jusracionalismo: lei autôfunda, lei estatuinte do ordenamento, norma com caráter legislativo que pode fundar toda a extensão de uma determinada matéria jurídica¹³.

Nesse panorama, são significativas as observações de Paulo Luiz Neto Lôbo, para quem:

¹² SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Paradoxos do liberalismo**: teoria e história. São Paulo: Vértice, 1988, p. 19.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 176.

Os códigos civis tiveram como paradigma o cidadão dotado de patrimônio, vale dizer, o burguês livre do controle ou impedimento públicos. Neste sentido é que entenderam o homem comum, deixando a grande maioria fora de seu alcance. Para os iluministas, a plenitude da pessoa dava-se com o domínio sobre as coisas, com o ser proprietário. A liberdade dos modernos, ao contrário dos antigos, é concebida como não impedimento. Livre é quem pode deter, gozar e dispor de sua propriedade, sem impedimentos, salvo os ditados pela ordem pública e os bons costumes, sem interferência do Estado¹⁴.

Paralelamente, foram editadas normas processuais correspondentes aos paradigmas daquele momento histórico. Amparado na premissa de que as soluções jurisdicionais deveriam declarar o direito com o mais elevado grau de certeza possível, o processo tornou-se alvo de um cientificismo conceitual extremo, e o procedimento foi exaustivamente regulamentado e subdividido em diversas fases.

A estrutura rígida e o caráter moroso do processo de conhecimento herdado desse período são ainda perceptíveis em nossos códigos – abstraídos, naturalmente, os mecanismos posteriormente implementados, tendentes à abreviação do procedimento.

Nessa toada, a premente necessidade de uma resolução mais segura do que célere das situações litigiosas constitui, certamente, a razão do preciosismo científico e do alto grau de regulamentação do processo de conhecimento, assim como também foi a causa da sobrelevação da coisa julgada à realização prática do direito material e à consecução de uma decisão justa¹⁵.

As questões dirimidas no Poder Judiciário eram de índole eminentemente patrimonial e, à luz dos princípios liberais, não poderiam ser solucionadas senão mediante ampla observância dos direitos e liberdades individuais (garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, considerados sob a perspectiva da igualdade tão somente formal).

Resolvida, de forma irrecorrível, a questão levada ao Poder Judiciário, só então poderia a sentença ser efetivada – e convinha à segurança das instituições (sobretudo da burguesia dominante) que a conclusão ali contida não mais viesse a ser modificada.

¹⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999, Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>. Acesso em 25 de agosto de 2023.

¹⁵ ARRUDA ALVIM NETTO, *op. cit.*, p. 154.

A efetivação dos direitos reconhecidos no processo de conhecimento, quando se tratasse de sentença condenatória, operava-se necessariamente mediante excussão patrimonial (solução em perdas e danos), já que a intangibilidade da vontade humana obstava a realização específica das obrigações de fazer e não fazer, ainda que se reconhecesse um ilícito, ou seja, o seu inadimplemento.

Cuidava-se, em suma, de um sistema processual voltado à consecução das garantias individuais burguesas e à declaração dos direitos com maior certeza e seguranças possíveis.

Em termos abrangentes, é essa perspectiva que norteou a existência do Estado Liberal durante todo o século XIX, principalmente durante seu apogeu pós-1848, momento em que a quantidade de riquezas produzidas possibilitou algumas concessões sociais que acalmaram as massas¹⁶.

Esse período de ápice perdurou por mais meio século e somente entrou em declínio a partir de 1880, juntamente com a decadência dessa fase do capitalismo. O espírito liberal veio a ser fortemente abalado pela Primeira Guerra Mundial, momento em que já começava a existir uma forte tendência ao Estado Social¹⁷.

2.2. O paradigma do Estado Social

A transição de mentalidade que contextualizou o surgimento dos direitos sociais é bem sintetizada por José Joaquim Gomes Canotilho, ao enunciar que a concepção individualista dos direitos naturais – concepção esta que deu origem aos direitos fundamentais de cunho liberal-burguês – deu lugar, gradativamente, à formulação social dos direitos fundamentais:

Ao lado desta concepção individualista dos direitos naturais, cedo se divisou outra linha – na senda dos ideólogos e dos “cientistas”, de Volney, Destutt de Tracy e sobretudo Condorcet – acentuadora da natureza de “troca” dos direitos no âmbito da sociedade. Os direitos naturais continuam a ser considerados como direitos individuais, pois, ao jeito do jusnaturalismo racionalista, o indivíduo pensante e actuante constitui o eixo nuclear do sistema social. Todavia, os direitos do homem são direitos do homem na sociedade, porque a sociedade é

¹⁶ HOBBSBAWN, Eric. **A era do capital**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 51.

¹⁷ LASKI, Harold Joseph. **O liberalismo europeu**. São Paulo: Mestre Jou, 1973, p. 172.

o estado normal e material do homem. Estamos a um passo da viragem “positivista”: os direitos naturais são uma constructa social e não um dado; a segurança, a liberdade e a propriedade, embora de natureza irrenunciavelmente individual, emergem de convenções ou trocas sociais¹⁸.

Na sequência dessa mudança paradigmática, pronuncia-se o surgimento de uma mentalidade que, sem desprezar os ideários burgueses de liberdade, volta-se à construção de novos direitos, desenvolvidos sob outra perspectiva. Tais direitos são denominados “sociais”, tendo em vista o momento político – coincidência do Estado Social – e a perspectiva filosófica (indivíduo visto à luz da sociedade) em que se situa seu surgimento¹⁹.

As críticas ao liberalismo se centravam na percepção de que ele acabava por garantir à burguesia um domínio quase total dos bens de produção e das riquezas, em geral, ao mesmo tempo em que deixava o proletariado apenas com o mínimo necessário para uma magra subsistência²⁰.

Daí ser correto afirmar que o abandono do liberalismo dogmático foi creditado tanto a uma transformação da estrutura econômica²¹, notadamente por meio do crescimento da dimensão das empresas – que remonta ao processo de concentração do capital e ao progresso técnico –, como a uma mutação na estrutura social, pois as massas passaram a reivindicar com ardor direitos trabalhistas, previdenciários e sociais em geral²².

A mudança da estrutura econômica foi acompanhada de perto por uma mudança nos instrumentos jurídicos. Evidentemente que os antigos instrumentos jurídicos – a propriedade individual e o contrato – não mais serviam para lidar com as novas situações econômico-sociais.

Consoante ilustra Ricardo Quartim de Moraes:

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da “liberdade dos antigos” à “liberdade dos modernos” na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. In: **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 18.

¹⁹ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *op. cit.*, p. 160.

²⁰ LASKI, Harold Joseph. *op. cit.*, p. 172.

²¹ MOREIRA, Vital. *op. cit.*, p. 81.

²² BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 186.

Assim, a propriedade individual dos meios de produção dá lugar à sociedade por ações e a liberdade contratual é limitada, principalmente no que toca ao contrato de trabalho²³.

Concomitantemente ao desenvolvimento da atividade empresarial, o fortalecimento das organizações operárias elevou a questão dos direitos sociais à categoria de condicionante da plena participação política dos vários segmentos da sociedade²⁴.

Outro fator intrinsecamente ligado ao advento do Estado Social é a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), que provocou um abalo profundo nas estruturas políticas até então existentes.

O conflito impôs ao Estado a utilização de todo um arsenal jurídico para dirigir a economia, de modo a satisfazer suas necessidades bélicas. De fato, a Primeira Guerra Mundial demandou um excessivo planejamento da economia, assim como uma enorme mobilização de mão de obra. A necessidade súbita de um vasto contingente de mão de obra fortaleceu o poder do trabalhismo organizado²⁵.

Até esse momento histórico, a guerra não era um fenômeno que necessitava da completa e quase exclusiva atenção do Estado. Em rigor, configurava algo secundário, relegado a certas classes sociais de tradição bélica. Com a eclosão da Primeira Guerra Mundial, todas as funções do Estado se voltam ao conflito, de modo que toda a sociedade também se vira para esse mister.

O surgimento de uma economia de guerra foi consequência natural, já que a vitória dependia, em grande parte, da fabricação de aço, das usinas e de outros fatores de produção, que, doravante, precisavam ser dirigidos a um objetivo previamente estabelecido pelo Estado²⁶.

²³ MORAES, Ricardo Quartim de. *op. cit.*.

²⁴ REGONINI, Glória. Estado do Bem Estar. In: BOBBIO, Norberto *et al.* (Org.). **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1983, p. 416.

²⁵ HOBBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras: 1997, p. 51.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: MENDES, Gustavo José Tepedino; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

Não era crível o Estado dirigir todos esses fatores de produção a um único e singular objetivo, senão por meio de novos instrumentos jurídicos, os quais jamais poderiam, coerentemente, pertencer à ordem econômica liberal.

Paralelamente, as desigualdades econômicas, cada vez mais intensas em razão da miséria gerada pela guerra e pela ideologia liberal, reclamavam a criação de uma sociedade mais equânime, na qual a igualdade material entre os indivíduos haveria de ser garantida mediante a mudança do papel desempenhado pelo Estado.

Nessa conjunção, coube ao Estado se comprometer com as prestações (saúde, educação, trabalho, proteção à velhice e à invalidez etc.) em favor de todos os cidadãos que delas necessitassem.

Sobre o tema, é emblemático o ensinamento de José Manoel de Arruda Alvim Netto:

O Estado Social, produto do falecimento do liberalismo e do insucesso do socialismo como forma de organização político-estatal, tem como principais fundamentos o regime democrático, a soberania popular e a justiça distributiva. Foi inaugurado pela Constituição de Weimar (1919), cujo conteúdo foi amplamente difundido na Europa, e, em certa medida, pela anterior Constituição Mexicana de 1917. Estes textos constitucionais erigiram à categoria de direitos fundamentais exigências radicadas, no fundo, na dignidade da pessoa e, por que não dizer, na solidariedade social, como expõe Canotilho, sobre o que mais claramente veio a constar da Constituição alemã (Lei Fundamental de Bonn)²⁷.

Os direitos sociais cuidam dos direitos daqueles que se encontram em situações diferenciadas e que, por isso, necessitam de tutela especial do Estado (prestações positivas).

Tais direitos marcaram uma mudança de enfoque acerca do princípio da isonomia, o qual, até então, era visto – pois conveniente à classe burguesa – pela perspectiva meramente formal. Vale dizer, o princípio da isonomia passou a ser encarado sob a ótica substancial, no sentido de se compensarem as diferenças existentes no plano fático (social, econômico, cultural etc.) mediante tratamento diferenciado da lei.

Frise-se: o aspecto distintivo dos direitos sociais, comparativamente às liberdades do Estado Liberal, reside na sua índole predominantemente prestacional. Enquanto as liberdades de primeira dimensão demandam do Estado uma abstenção, de

²⁷ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *op. cit.*, pp. 160-161.

modo a delinear a intervenção estatal mínima sobre a esfera jurídica do indivíduo, as liberdades de segunda dimensão exigem uma postura ativa do Estado, no sentido de assegurar tratamento jurídico diferenciado àqueles que se encontrem em situação de inferioridade social, econômica ou cultural.

Pode-se dizer que esses direitos provieram dos males de que padeceram diversos segmentos no seio das sociedades, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, em decorrência do liberalismo. O término da Grande Guerra acabou por ser o momento em que se constatou a queda do Estado Liberal e a assunção do modelo do Estado Social.

Em suma, com supedâneo no conceito de José Afonso da Silva:

Podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igual real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade²⁸.

O Estado Social, porém, não é imune a críticas – como se verá a seguir.

2.3. O paradigma do Estado Democrático de Direito

É indubitável que o Estado Social provocou uma hipertrofia da seara pública e uma atrofia da esfera privada.

Nessa modulação, o Estado cresce, acentuadamente, para atender às infinitas demandas sociais e para ocupar o espaço que o paradigma liberal havia deixado como esfera de não-intervenção²⁹.

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

²⁹ Em verdade, o Estado Social não cumpriu as metas programadas e se enfraqueceu por completo ao fim da Guerra Fria. A vitória do capitalismo em face do socialismo teve como consequência o modelo do Estado Democrático de Direito, com o propósito de fortalecimento do mercado global e da hegemonia dos blocos econômicos.

O modelo social passa a entrar em crise justamente por não conseguir atender a toda sorte de demandas sociais, caminhando para o endividamento público e gera grave crise de déficit de cidadania e de democracia.

Nesse ponto, a ascensão ao poder de Benito Mussolini (Itália, 1922) e de Adolf Hitler (Alemanha, 1933) foi um marco histórico para a implementação das ideologias fascistas e nacional-socialistas em boa parte do território europeu.

Baseadas no patriotismo exacerbado e na total ingerência do Estado na vida dos particulares, tais ideologias foram responsáveis pelo redimensionamento do poder estatal, elevando seu espectro de alcance a esferas jamais vistas na história.

Como bem pontua Fernando Capez:

O fascismo e o nacional socialismo enxergavam-se como a real materialização da vontade do povo, razão pela qual seus representantes políticos atuavam não apenas como integrantes de um Poder (com mandato preestabelecido e limitações de atribuições), como também como supremos procuradores da nação; encarnando, neles próprios, as representações do passado e os anseios futuros de um povo³⁰.

Nesse período histórico, a Itália e a Alemanha assistiram à equiparação do poder político ao poder normativo, onde os líderes políticos determinavam a constitucionalidade das normas e sua aplicação na vida prática.

Registre-se que boa parte do arcabouço normativo alemão até então vigente foi inspirado no Código Civil francês (*Burgesliches Gesetzbuch*). As disposições da Constituição de Weimar (1919), por sua vez, tiveram raízes nas leis supremas das democracias liberais ocidentais. Nesse cenário, os juristas nazistas passaram a contestar a ordem legal na época, proclamando a renovação do Direito (*Erneuerung Rechts*)³¹.

O princípio da legalidade, que durante séculos funcionou como instrumento de proteção da sociedade ante os arbítrios do monarca, passou a servir como meio legitimador para a implementação de regimes autoritários. O Parlamento, subjugado e aparelhado pelas figuras dos líderes, passou a servir como elemento legalizador de

³⁰ CAPEZ, Fernando. Neoconstitucionalismo e o Estado democrático de Direito. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-02/controversias-juridicas-neoconstitucionalismo-estado-democratico-direito/>. Acesso em 14 de agosto de 2023.

³¹ CHAPOUTOT, Johann. **A revolução cultural nazista**. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2022, p. 120.

perseguições a dissidentes e adversários políticos, como também a toda e qualquer parcela da sociedade que fosse considerada degenerada ou indesejável.

A vitória dos Aliados (Estados Unidos, Inglaterra e União Soviética) na Segunda Guerra Mundial (1939-1945) marcou o término dos regimes totalitários na Europa, revelando ao mundo o resultado das atrocidades que os sistemas legais da Itália e da Alemanha impuseram ao continente. Mortes, prisões, trabalhos forçados, extermínio étnico e outras barbaridades foram produzidos sob a proteção de seus respectivos ordenamentos jurídicos, o que suscitou a reflexão acerca de qual deveria ser a dimensão da soberania do Parlamento e dos representantes do povo.

O paradoxo trazido pela ascensão e queda de regimes totalitários ensejou a construção de formas de mitigação do poder do Parlamento, substituindo o que antes se denominava “Estado Legislativo de Direito” pelo “Estado Constitucional de Direito”. As Constituições Federais, dotadas de carga valorativa, passaram a figurar como o centro do sistema jurídico. Dessa forma, a lei, os poderes públicos e a sociedade deviam não apenas observar a norma formal prescrita na Constituição, mas, acima de tudo, expressar os valores por ela edificadas.

Vislumbrou-se, ainda que paulatinamente, a efetiva substituição do modelo de constitucionalismo moderno, pautado na hierarquia entre as normas, pelo modelo neoconstitucionalista, baseado na hierarquia axiológica e formal das normas e na concretização dos direitos e garantias fundamentais.

A respeito do tema, Menelick de Carvalho Netto assim argumenta:

No início da década de setenta, ocorreu uma renovação do modelo do Estado Social, com o progressivo desenvolvimento de uma nova jurisdição constitucional. A ideia era buscar a superação dos paradigmas vigentes no antigo regime, passando a ter lugar os direitos da 3ª geração, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos ambientais, do consumidor e da criança, dentre outros³².

Quanto ao modelo neoconstitucionalista, observa Pedro Lenza que:

Visa-se, dentro dessa nova realidade, não mais atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, busca-se a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando

³² NETTO, Menelick de Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de direito comparado**, v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 21.

a ser mais efetivo, sobretudo diante da expectativa da concretização dos direitos fundamentais³³.

No mesmo sentido são as ponderações de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Hoje, é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis³⁴.

Após a Segunda Guerra Mundial, os chamados direitos de 1ª e 2ª gerações passaram a ganhar novo significado, concretizando os ideais de cidadania, soberania, supremacia e força normativa da Constituição.

O sistema neoconstitucionalista é o que melhor promove o Estado Democrático de Direito, consistente não apenas na subordinação de todo sistema jurídico ao mandamento constitucional, mas também na construção de um Estado Constitucional pautado sob fundamentos democráticos.

Dá por que o artigo 1º, incisos I a V, da Constituição Federal de 1988 assim explicita:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político³⁵.

A dignidade da pessoa humana é o centro axiológico da Constituição Federal de 1988, servindo como paradigma interpretativo dos demais princípios e dispositivos legais que integram o sistema jurídico³⁶.

³³ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 72.

³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 53.

³⁵ BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de junho de 2024.

³⁶ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 58.

Acerca especificamente da expansão da jurisdição constitucional, Luís Roberto Barroso ensina que:

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais³⁷.

Dessa forma, através da superação do modelo anterior, caracterizado por profundas desigualdades sociais e desrespeito ao direito de liberdade, o novo constitucionalismo democrático passa a desenvolver hodiernos significados aos direitos fundamentais, exigindo do Poder Judiciário uma atuação mais racional e compatível com o princípio de cidadania.

À luz da docência de Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais são a sintaxe da liberdade nas Constituições. Com eles, o constitucionalismo do Século XX logrou a sua posição mais consistente, mais nítida, mais característica. Em razão disso, faz-se mister introduzir talvez, nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, enquanto consectário derradeiro de uma teoria material da Constituição, e sobretudo da legitimidade do Estado social e seus postulados de justiça, inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais (...). Os direitos da primeira, da segunda e da terceira geração abriram caminho ao advento de uma nova concepção de universalidade dos direitos humanos fundamentais, totalmente distinta do sentido abstrato e metafísico de que se impregnou a Declaração dos Direitos do Homem de 1789, uma Declaração de compromisso ideológico definido, mas que nem por isso deixou de lograr expansão ilimitada, servindo de ponto de partida valioso para a inserção dos direitos da liberdade – direitos civis e políticos – no constitucionalismo rígido de nosso tempo, com uma amplitude formal de positivação a que nem sempre corresponderam os respectivos conteúdos materiais³⁸.

Logo, toda e qualquer atuação do Poder Legislativo, mesmo que esteja legitimada pelo voto popular, deve obedecer não apenas aos ditames formais da Constituição, como também aos valores por ela erigidos. Ou seja, toda e qualquer ação

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 9, n. 33, 2006, p. 92.

³⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. pp. 539-540.

que extrapole tais objetivos, por mais que legitimada pelo voto popular, usurpa a preponderância dos valores constitucionais trazidos pelo poder constituinte originário.

Nessa lógica, Fernando Capez sintetiza:

Fiel e sincronizada com o neoconstitucionalismo, a Carta Magna de 1988 marca a passagem do Estado formal de Direito, no qual a igualdade se esgota na submissão de todos às mesmas leis para o Estado democrático de Direito, no qual o Estado tem um compromisso muito maior do que fixar leis iguais para todos e zelar pela sua observância. Estado democrático de Direito é aquele fundado no primado da dignidade humana e na missão de reduzir as desigualdades sociais, nos termos do artigo 3º da CF de 1988³⁹.

Destarte, os direitos fundamentais se apresentam como valores básicos do Estado Democrático de Direito, devendo ser protegidos. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual⁴⁰.

É precisamente nesse contexto que o acesso à justiça se revela como o princípio norteador para a asseguuração e a realização de todo e qualquer direito fundamental.

2.4. O acesso à justiça como mecanismo de realização do direito

Cumpre alinhar que os direitos e as garantias fundamentais anunciados na Constituição Federal consagram a internalização dos direitos humanos previstos em tratados e convenções. Dessa forma, o acesso à justiça contempla uma abrangência maior do que aquela estampada no artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna⁴¹.

³⁹ CAPEZ, Fernando. *op. cit.*

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *op. cit.*, p. 85.

⁴¹ BRASIL, Constituição Federal, Art. 5º, [n.p.] “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

Inciso XXXV: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Conforme a teoria da eficácia horizontal dos direitos e garantias fundamentais, estes geram efeitos autoaplicáveis também na esfera jurídico-privada, ou seja, no âmbito das relações entre particulares.

Em tal enquadramento, o acesso à justiça é intimamente conexo à própria justiça social, albergando todo e qualquer instrumento que vise a garantir ou a realizar direitos e garantias fundamentais – ainda que não se desenvolva perante o Poder Judiciário⁴².

Essa assertiva, todavia, não tem o condão de limitar a atuação do Poder Judiciário como provedor de acesso à justiça. Ao contrário, de nada adiantaria a proclamação de direitos e garantias fundamentais sem os respectivos mecanismos que os efetivassem. Daí por que Mauro Cappelletti e Bryant Garth assim afirmam:

Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state* têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo cidadãos. De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos⁴³.

O enfoque sobre o acesso à justiça – vale dizer, o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do processo civil. Aqui se invoca, uma vez mais, a lição de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito

⁴² No escólio de Cândido Rangel Dinamarco: “O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal consagra o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, também chamado de garantia de acesso à justiça, que adquire nova roupagem a partir do advento do Estado Social de Direito.” *In*: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 356.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 11-12.

importante sobre a forma como opera a lei substantiva – com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social⁴⁴.

Na clássica definição de Francesco Carnelutti, lide é o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁴⁵. Destarte, a pacificação social, solucionando-se a disputa e atribuindo-se o bem da vida a quem lhe faz jus, é a finalidade precípua da prestação jurisdicional⁴⁶.

A existência de leis, normas gerais e abstratas prescritas pelo Estado à sociedade não é por si só suficiente para eliminar os conflitos que podem surgir entre os particulares. Logo, a tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste⁴⁷.

Nas fases primitivas da civilização, inexistia um Estado com soberania e autoridade para impor o direito acima da vontade dos particulares. Quem pretendesse alguma coisa de outrem, tratava de obtê-la com sua própria força e na medida dela. A esse regime se dá o nome de autotutela⁴⁸.

Pouco a pouco, as soluções parciais compelidas por ato das próprias partes foram cedendo espaço para um sistema de soluções imparciais de conflitos, culminando no surgimento de árbitros, os quais, em regra, eram sacerdotes – que, supostamente, agiam de acordo com a vontade dos deuses – ou anciões – que conheciam os costumes do grupo social integrado pelos interessados.

Mais tarde, na medida em que o Estado vai se sobrepondo à vontade dos particulares, gradativamente absorve o poder de ditar as soluções para os conflitos – passando-se da justiça privada para a pública.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, pp. 12-13.

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1, p. 54.

⁴⁶ Consoante assinala José Afonso da Silva: “O art. 5º, XXXV, consagra o direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Não se assegura aí apenas o direito de agir, o direito de ação. Invocar a jurisdição para a tutela de direito é também direito daquele contra quem se age, contra quem se propõe a ação”. *In*: SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p. 431.

⁴⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25.

⁴⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 37.

Assim, ao restringir a autotutela a situações excepcionalíssimas e prescindir da voluntária submissão dos particulares, o Estado impõe-lhes, com autoridade, a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade pela qual o Estado-juiz examina as pretensões resistidas dá-se o nome de jurisdição. Conforme ensina Cassio Scarpinella Bueno:

A “jurisdição” pode ser entendida como a função do Estado destinada à solução imperativa, substitutiva e com ânimo de definitividade de conflitos intersubjetivos e exercida mediante a atuação do direito em casos concretos. Tal exercício de atuação do Estado, contudo, não se limita à declaração de direitos, mas também à sua realização concreta, prática, com vistas à pacificação social⁴⁹.

Para exercer adequadamente a função jurisdicional, o Estado Democrático de Direito vale-se de um método específico, o qual se denomina processo. Este, na lição de Arlete Inês Aurelli:

É o instrumento por meio do qual o Estado presta a tutela jurisdicional. É também uma sucessão encadeada de atos tendentes a um final conclusivo. Nesse sentido, a noção de processo se confunde com a de procedimento. Portanto, para que se possam diferenciar esses conceitos, é preciso aliar a essa noção a de que o processo corresponde, também, à relação jurídica processual triangular formada entre autor, réu e juiz, na qual cada um terá direitos, deveres, ônus e obrigações⁵⁰.

José Roberto dos Santos Bedaque corrobora, conceituando processo como método de trabalho desenvolvido pelo Estado para permitir a solução de litígios⁵¹.

O acesso à justiça deve ser tido, pois, como protagonista dos princípios constitucionais do processo civil. Não por outra razão, Cassio Scarpinella Bueno afiança que:

O primeiro dos princípios constitucionais do processo civil que deve ser exposto é o usualmente chamado de “acesso à justiça” e tem como sinônimos “acesso à ordem jurídica justa”, “inafastabilidade da jurisdição” ou “inafastabilidade do controle jurisdicional”. Ele quer significar o grau de abertura imposto pela CF para o direito processual civil. Grau de abertura no sentido de ser amplamente desejável, no plano constitucional, o acesso ao Poder Judiciário. É o que se lê,

⁴⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistemático de direito processual civil**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 238.

⁵⁰ AURELLI, Arlete Inês. Institutos fundamentais do processo civil: jurisdição, ação e processo. *In: Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte, ano 23, n. 89, jan./mar. 2015, p. 43.

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73.

com todas as letras, do inciso XXXV do art. 5º da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁵².

Porém, é inequívoco que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (ou do acesso à justiça) não pode ser visto como um direito meramente formal e abstrato de se propor a ação em juízo. O significado que se tem empregado é o de que tal princípio estatui, efetivamente, a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída da sua apreciação e solução.

Sob esse prisma, é imperiosa a lição de Kazuo Watanabe:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da CF não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em constante evolução⁵³.

Portanto, não basta afirmar-se que é garantido a todos o direito de acesso ao Poder Judiciário sem que seja dado o real contorno a essa afirmação. A garantia de acesso à justiça deve representar, como bem esclarece José Roberto dos Santos Bedaque:

O direito de obter do Estado mecanismo eficiente de solução de controvérsias, apto a proporcionar a satisfação efetiva ao titular de um direito, bem como impedir a injusta invasão da esfera jurídica de quem não se acha obrigado a suportá-la⁵⁴.

O processo é o mecanismo pelo qual o direito material controvertido tende a ser realizado e concretizado⁵⁵. Adverte Fredie Didier Jr., todavia, que:

⁵² BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

⁵³ WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

⁵⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 74.

⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2012, p. 391.

Mas não é qualquer processo que legitima o exercício da função jurisdicional. Ou seja: não basta que tenha havido processo para que o ato jurisdicional seja válido e justo. O método-processo deve seguir o modelo traçado na Constituição, que consagra o direito fundamental ao processo devido, com todos os seus corolários (contraditório, proibição de prova ilícita, adequação, efetividade, juiz natural, duração razoável do processo etc.)⁵⁶.

Nelson Nery Junior coaduna:

Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Não é suficiente o direito à tutela jurisdicional. É preciso que essa tutela seja adequada, sem o que estaria vazio de sentido o princípio⁵⁷.

Logo, a Constituição Federal, pela dicção do seu artigo 5º, inciso XXXV, garante, de forma ampla e genérica, o acesso à justiça, isto é, não só o direito de movimentar a máquina judiciária por meio do processo, mas, também, o de obter a tutela jurisdicional. Esta, por sua feita, deve ser entendida como um acesso efetivo à ordem jurídica justa, que se consubstancia, em última análise, na possibilidade de obtenção de uma tutela jurisdicional que deverá estar apoiada no trinômio adequação-efetividade-tempestividade⁵⁸.

Em outras palavras, a partir do entendimento atual do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional – ou seja, como uma garantia constitucional de amplo acesso, dotada de meios adequados e que visa ao resultado efetivo –, não se pode deixar de enxergar a necessidade de conferir ao sistema processual mecanismos aptos a preencher os vazios existentes. Deve-se, pois, dar voz a todos os reclamos do direito material, em sua exata medida.

A lição de José Roberto do Santos Bedaque acerca do tema é curial:

Todos têm direito à tutela jurisdicional. Essa afirmação, aparentemente simples, envolve uma das questões mais árduas da ciência processual, na vertente que estuda o relacionamento entre processo e Constituição. O direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado e retirá-la de sua inércia está assegurado a todas as pessoas em sede constitucional. Ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (CF, art. 5º, XXXV), o legislador garante, de forma ampla e genérica, o acesso ao meio estatal destinado a proporcionar a tutela jurisdicional a quem dela necessitar. Muito mais do que assegurar a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, a

⁵⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 32.

⁵⁷ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 214.

⁵⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 39.

Constituição da República garante a todos o efetivo acesso à ordem jurídica justa, ou seja, proporciona a satisfação do direito não cumprido espontaneamente⁵⁹.

De fato, sendo o Direito Processual Civil um ramo do Direito Público – porque, em última análise, voltado ao estudo da atividade-fim do Poder Judiciário, que é o exercício da função jurisdicional –, evidencia-se a indispensabilidade de seu estudo dar-se a partir da Constituição Federal. Como acentua Cassio Scarpinella Bueno, referindo-se expressamente à Carta Magna:

É ela – e não as leis – que moldam o “ser” (ou melhor, o *dever-ser*) do Estado brasileiro (...). As normas constitucionais, todas elas, devem ser acatadas inclusive no que diz respeito à estruturação do Estado-juiz e da forma de sua atuação para o atingimento de suas finalidades, o que, aliás, é eloquentemente designado, não por acaso pelo inciso LIV do art. 5º da própria CF, como *devido processo legal*. Se o texto constitucional tivesse substituído o adjetivo *legal* por *constitucional*, pouco mais seria necessário acrescentar.

Observar “o modelo constitucional do direito processual civil”, destarte, não é uma escolha teórica ou filosófica. Não é uma corrente de pensamento que dependa da adesão deste ou daquele autor, desta ou daquela doutrinadora. Como toda boa norma constitucional, sua observância é impositiva, sob pena de inconstitucionalidade⁶⁰ (destaques originais).

Disso resulta o fundamento constitucional para as chamadas tutelas diferenciadas, entre as quais se insere a tutela provisória da evidência.

2.5. A efetividade da tutela jurisdicional

Importante é a distinção entre tutela jurisdicional e prestação jurisdicional. A primeira implica, essencialmente, a efetiva proteção e satisfação do direito. A segunda consiste, mais propriamente, no serviço judiciário, que se instrumentaliza por meio do processo para a solução da lide. Essa diferenciação é feita por Humberto Theodoro Júnior:

Urge não confundir tutela com prestação jurisdicional; uma vez que se tem como abstrato o direito de ação, a garantia de acesso do litigante à justiça lhe assegura um provimento jurisdicional, capaz de proporcionar a definitiva solução para o litígio, mesmo quando o autor não detenha de fato o direito que afirma violado ou ameaçado pelo réu. Na satisfação do direito à composição do litígio (definição ou atuação da vontade concreta da lei diante do conflito instalado entre as partes) consiste a prestação jurisdicional. Mas, além dessa pacificação do litígio, a

⁵⁹ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *op. cit.*, p. 61.

⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, pp. 41-42.

defesa do direito subjetivo ameaçado ou a reparação da lesão já consumada sobre o direito da parte também incumbem à função jurisdicional realizar, porque a justiça privada não é mais tolerada (salvo excepcionalíssimas exceções) pelo sistema de direito objetivo moderno. Assim, quando o provimento judicial reconhece e resguarda *in concreto* o direito subjetivo da parte, vai além da simples prestação jurisdicional e, pois, realiza a tutela jurisdicional. Todo litigante que ingressa em juízo, observando os pressupostos processuais e as condições da ação, tem direito à prestação jurisdicional (sentença de mérito ou prática de certo ato executivo); mas nem todo litigante faz jus à tutela jurisdicional⁶¹.

Nessa linha de raciocínio, é lícito aduzir que o conceito constitucional de tutela jurisdicional se sobrepõe à distinção entre direito material e processo, pois contém elementos de ambos.

A garantia constitucional da ação representa, na verdade, garantia de tutela adequada à situação substancial, assegurando atuação e satisfação eficaz dos interesses reconhecidos no plano material.

Dá por que Luiz Guilherme Marinoni assim afirma:

O direito de ação, amplamente considerado, é, portanto, o mais fundamental de todos os direitos, porquanto imprescindível à efetiva concreção de todos os demais direitos materiais⁶².

Em outros termos, o direito de ação deve ser visto como garantia de efetividade, isto é, deve conferir ao seu titular a possibilidade de exigir do Estado instrumento apto a solucionar as controvérsias de maneira adequada e útil. Às situações substanciais apresentadas devem corresponder formas de tutela idôneas a assegurar a realização do direito delas emergente. Por isso, José Roberto dos Santos Bedaque sustenta que:

Assim, direito de ação não é direito à sentença favorável, a uma sentença qualquer ou à sentença de mérito. Não é suficiente afirmar que o art. 5º, inciso XXXV, constitucionalizou o direito abstrato de ação⁶³.

Bem se vê, portanto, que a tutela jurisdicional vai além da garantia ao devido processo constitucional – que é, em última análise, o instrumento estatal de solução de conflitos –, implicando uma garantia de meios efetivos para a realização *in concreto* do direito material.

⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência:** medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001, p. 2.

⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil:** teoria geral do processo, v. I. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 205.

⁶³ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *op. cit.*, p. 77.

Note-se que o Código de Processo Civil tratou de contemplar, de forma expressa, o princípio da efetividade, prevendo no artigo 6º que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva⁶⁴.

O conceito de efetividade, como esclarece José Carlos Barbosa Moreira, desenvolve-se a partir das seguintes premissas:

a) O processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possam inferir do sistema; (b) esses instrumentos devem ser praticamente utilizáveis, ao menos em princípio, sejam quais forem os supostos titulares dos direitos de cuja preservação ou reintegração se cogita, inclusive quando indeterminado ou indeterminável o círculo dos eventuais sujeitos; (c) impende assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade; (d) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; (e) cumpre que se possa atingir semelhante resultado com o mínimo dispêndio de tempo e energia⁶⁵.

É evidente que, quando se emprega o termo efetividade no processo, quer-se traduzir uma preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar⁶⁶. Nesse contexto, é forçoso falar-se em um processo civil de resultados almejados, dando-se vazão para todos os direitos assegurados pelo direito material. Esse é o posicionamento de Cândido Rangel Dinamarco:

Suplantado o período sincrético pelo autonomista, foi preciso quase um século para que estudiosos se apercebessem de que o sistema processual não é algo destituído de conotações éticas e objetivos a serem cumpridos no plano social, no econômico e no político. Preponderou por todo esse tempo a crença de que ele fosse mero instrumento do direito material apenas, sem consciência de seus escopos metajurídicos. Esse modo de encarar o processo por um prisma puramente jurídico foi superado a partir de quando estudiosos, notadamente italianos (destaque a Mauro Cappelletti e Vittorio Denti), lançaram as bases de um método que privilegia a importância dos resultados da experiência processual na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, o que abriu caminho para o

⁶⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002.

⁶⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *In: Revista Forense*, v. 329. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1995b, p. 97.

⁶⁶ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Efetividade do processo de execução. *In: O processo de execução* – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 137.

realce hoje dado aos escopos sociais e políticos da ordem processual, ao valor do acesso à justiça e, numa palavra, à instrumentalidade do processo⁶⁷.

Pode-se afirmar que o processo apresenta, em tempos atuais, uma patente função social, que visa, em última análise, garantir o acesso de todos à ordem jurídica. Nessa razão, como instrumento de realização do direito material, o processo deve pronunciar uma tutela célere, adequada e eficaz – ou, em outros termos, simplesmente efetiva.

Cassio Scarpinella Bueno assevera, acerca do princípio da efetividade do processo, que:

O princípio da efetividade do processo, por vezes denominado de efetividade da jurisdição, também encontra seu fundamento na locução contida no inciso XXXV do art. 5º da CF de que a lei não excluirá nenhuma lesão ou ameaça a direito da apreciação do Poder Judiciário. Sua noção nuclear repousa em verificar que, uma vez obtido o reconhecimento do direito indicado como ameaçado ou lesionado, seus resultados devem ser efetivos, isto é, concretos, palpáveis, sensíveis no plano exterior do processo, isto é, “fora” do processo.

O princípio da efetividade do processo, neste sentido – e diferentemente dos demais –, volta-se mais especificamente aos resultados da tutela jurisdicional no plano material, exterior ao processo. É inócuo falar em um “processo justo” ou em um “processo devido”, dando-se a falsa impressão de que aqueles atributos tendem a se esgotar com a tão só observância da correção do meio de produzir a decisão jurisdicional apta a veicular a tutela jurisdicional. O “justo” e o “devido”, com efeito, vão além do reconhecimento jurisdicional do direito⁶⁸.

Já José Roberto dos Santos Bedaque conceitua processo efetivo como aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material⁶⁹.

Considera-se efetivo, em síntese, o processo que realiza o direito afirmado e reconhecido judicialmente⁷⁰.

Nesse sentido, José Carlos Barbosa Moreira explica que:

Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras

⁶⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do direito processual civil. In: **Revista Forense**, v. 36. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 27.

⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016., p. 44.

⁶⁹ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *op. cit.*, p. 114.

⁷⁰ DIDIER JR., Fredie. *op. cit.*, p. 104.

palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material⁷¹.

Urge alinhar que a ideia de efetividade do processo tem despertado atenção não só no Direito brasileiro, mas também em ordenamentos jurídicos estrangeiros. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, reportando-se a José Roberto dos Santos Bedaque, exemplifica:

Na Espanha, por exemplo, a garantia à efetividade encontra-se expressamente consagrada na Constituição Espanhola no art. 24, § 1.º. A Ley de Enjuiciamiento Civil (Lei 1, de 07.01.2000) destacou a efetividade na Exposição de Motivos (...) Na Itália, por sua vez, reporta Bedaque, com base nas lições de Comoglio, que efetividade tem múltiplos significados. Significa que todos devem ter pleno acesso à atividade estatal, sem qualquer óbice (*effettività soggettiva*), e têm ao seu dispor meios adequados (*effettività tecnica*) para a obtenção de um resultado útil (*effettività qualitativa*), isto é, suficiente para assegurar aquela determinada situação da vida reconhecida pelo ordenamento jurídico material (*effettività oggettiva*). Como vimos, na doutrina brasileira e na estrangeira, a tendência é a mesma: enxergar a efetividade como uma garantia constitucional⁷².

Contudo, não se pode deixar de fazer uma advertência: a efetividade vai muito além de mera celeridade, a qual é tão somente um dos vários aspectos que integram a concepção de efetividade.

É importante aclarar que o processo efetivo não atua em detrimento do contraditório e da ampla defesa. Deve ser franqueada àquele a quem se imputa conduta contrária ao direito a possibilidade de demonstrar suas razões e de tentar impedir a invasão de sua esfera jurídica.

Em rigor, o conflito não se dá entre efetividade e segurança jurídica. Na verdade, esta é constituída pelos elementos da certeza, confiabilidade, calculabilidade e efetividade do direito⁷³. Logo, segurança abrange a própria efetividade⁷⁴. Como explica Daniel Mitidiero, o clássico dilema entre o *far presto* e o *far bene* não indica colisão entre segurança e efetividade, mas entre certeza e rapidez⁷⁵.

⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. In: **Revista de Processo**, v. 27, n. 105. São Paulo, jan./mar. 2002, p. 181.

⁷² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, pp. 57-58.

⁷³ DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 32.

⁷⁴ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no direito tributário**: entre permanência, mudança e realização. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 250.

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 79.

A solução ideal parece estar na busca da compatibilidade entre a certeza e a rapidez, e não na ideia de prevalência de uma em prejuízo da outra. Nas palavras de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Há que se conciliar a celeridade almejada na prestação jurisdicional com um mínimo de segurança. A morosidade não pode servir de desculpa para uma prestação jurisdicional afoita que sacrifique garantias fundamentais⁷⁶.

Dá se falar em razoabilidade para a aferição do tempo no processo, como se verá adiante. Inclusive, é justamente nesse panorama que a tutela provisória da evidência deve ser considerada.

2.6. A duração razoável do processo

Os sistemas processuais modernos têm se preocupado cada vez mais com a celeridade da prestação jurisdicional. A razoável duração do processo passou a ser entendida como essencial para a efetiva tutela dos direitos, seja porque as transformações sociais e econômicas – promovidas em escala global – trouxeram a necessidade de o processo se adequar à velocidade das relações sociais, seja em razão da imprescindível tutela efetiva dos direitos fundamentais⁷⁷.

A respeito de tal ponto, Cândido Rangel Dinamarco destaca:

Essa preocupação é tanto maior e mais grave quando se sabe que as longas demoras dos processos vêm constituindo o pior dos males de toda a ordem processual, não só neste país, mas também naqueles de legislação e organização judiciária mais aprimoradas. O decurso do tempo é muitas vezes o causador do perecimento de direitos ou de insuportáveis angústias pela espera de uma tutela jurisdicional, nascendo daí a imagem do tempo-inimigo, da qual se vale a doutrina há mais de meio século para ilustrar esses desgastes. Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito. Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de

⁷⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 58.

⁷⁷ Consoante sublinham Anselmo Prieto Alvarez e Américo Andrade Pinho: “O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015 (LGF\2015\1656)) trouxe uma série de novidades para o cenário da relação jurídica processual. O novo *Codex*, ao trazer tais inovações, preocupou-se, especialmente, em idealizar institutos destinados a acelerar a prestação da tutela jurisdicional, o que deflui da garantia fundamental da celeridade e razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da CF (LGL\1988\3))”. ALVAREZ; Anselmo; PINHO, Américo. O julgamento interlocutório de mérito e seu regime jurídico. In: **Revista de Processo**, v. 302. São Paulo: Thomson Reuters, abr./2020, p. 219.

direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo⁷⁸.

Conforme já delineado alhures, a Constituição Federal, ao consagrar no artigo 5º, inciso XXXV, o princípio do acesso à justiça, estabelece o direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva. Para tanto, não se pode prescindir da exigência de uma duração razoável do processo.

Antes mesmo da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a qual acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º da Carta Magna, já vigorava em nosso sistema a exigência de um processo com duração razoável. Isso decorria da própria garantia do devido processo legal e da busca por efetividade. A propósito, José Carlos Barbosa Moreira já dizia que a técnica bem aplicada poderia constituir instrumento precioso a serviço da efetividade⁷⁹.

Escorreita, portanto, a afirmação de José Roberto dos Santos Bedaque:

O correto entendimento do complexo de normas constitucionais, direcionadas para a garantia do sistema processual, constitui o primeiro passo para conferir maior efetividade possível à tutela que emerge do processo⁸⁰.

A tempestividade da prestação jurisdicional é um dos elementos que constituem o devido processo legal⁸¹. O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Interamericana de Direitos Humanos), datado de 22 de novembro de 1969 e do qual o Brasil é um dos signatários, já assegurava esse direito fundamental antes da própria Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004.

O referido tratado adquiriu vigência internacional em 18 de julho de 1978 e teve seu texto aprovado no Direito brasileiro pelo Decreto nº 27, de 26 de maio de 1992, com a respectiva carta de adesão, em 25 de setembro do mesmo ano. Posteriormente, com

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 55-56.

⁷⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. In: **Revista de Processo**, São Paulo, v. 20, n. 77, jan./mar. 1995a, p. 168.

⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, p. 63.

⁸¹ Conforme ensina Daniel Amorim Assumpção Neves: “O raciocínio é bastante simples: quanto mais demore uma demanda judicial, menores são as chances de o resultado final ser eficaz, devendo-se atentar para essa realidade no momento da estruturação procedimental e da fixação de regras para a condução do processo”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 22.

a publicação do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, o Pacto de San José da Costa Rica foi promulgado e incorporado ao sistema jurídico nacional.

No artigo 8º, 1, da aludida convenção estabeleceu-se que toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável. Acerca da correta interpretação deste dispositivo, Nelson Nery Junior pondera que:

Percebe-se, da leitura do dispositivo da CIDH 8.º 1, que a preocupação do tratado internacional foi a de fazer com que fosse dada tramitação célere à ouvida de quem é preso e, em tese, sujeito a um processo penal. É expediente assemelhado ao já existente no Brasil desde a nossa Constituição Imperial – seria a nota de culpa da CI/1824 179 VIII –, que já se referia ao prazo razoável. Isso significa que a interpretação restrita da CIDH 8.º 1 leva à idéia de que a duração razoável do processo seria garantia prevista para o processo penal, no tocante à comunicação ao preso a respeito da acusação que pesa ou pesará contra ele.

Entretanto, dada circunstância de que as garantias judiciais da CIDH 8.º, além dos aspectos penais, têm, igualmente, situações aplicáveis aos processos civil e administrativo, e de que os direitos humanos e fundamentais devem merecer interpretação ampliativa, empregando-se esse método aliado ao da interpretação sistemática, chega-se ao resultado de que a garantia da duração razoável do processo incide no processo judicial (penal e civil *lato sensu*) e no processo administrativo (*sic*)⁸².

De qualquer forma, a partir de 2004, e seguindo a orientação mundial, a Constituição Federal passou a prever expressamente a garantia de um processo judicial e administrativo sem dilações indevidas⁸³.

Consoante elucida Cassio Scarpinella Bueno:

O inciso LXXVIII do art. 5º da CF, introduzido pela EC n. 45/2004, dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Trata-se da consagração expressa do princípio da razoável duração do processo no modelo constitucional brasileiro e também dos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo⁸⁴.

O artigo 4º do *Codex* vigente, à luz do modelo constitucional de processo civil, preconiza que as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Ou seja, não basta que o processo seja concluído

⁸² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 312.

⁸³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal. In: **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXVIII, n. 140, nov./2018, p. 89.

⁸⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, p. 54.

dentro desse espaço de tempo considerado adequado: é preciso que a satisfação do direito, mediante o cumprimento da sentença, ocorra igualmente dentro de um breve período⁸⁵.

É nessa conjuntura que Anselmo Prieto Alvarez e Américo Andrade Pinho assim destacam:

É certo que em última análise, ao trazer celeridade, propicia-se efetividade, para que a finalidade precípua do processo seja alcançada em sua inteireza, a saber: reconhecer e satisfazer a pretensão da parte que, à luz do ordenamento jurídico material aplicável, tiver razão no bojo da lide⁸⁶.

Daniel Amorim Assumpção Neves corrobora:

De nada adiantará ampliar o acesso, permitir a ampla participação e proferir decisão com justiça, se tal decisão se mostrar, no caso concreto, ineficaz. O famoso “ganhou, mas não levou” é inadmissível dentro do ideal de acesso à ordem jurídica justa. A eficácia da decisão, portanto, é essencial para se concretizar a promessa constitucional de inafastabilidade da jurisdição⁸⁷.

A razoável duração do processo deve ser compreendida levando-se em conta as especificidades de cada caso concreto. Não há como se exigir que casos complexos tenham o mesmo tempo de duração que processos pouco ou nada complexos.

Nelson Nery Junior defende que:

A razoabilidade da duração do processo deve se aferida mediante critérios objetivos, já que não se afigura possível o tratamento dogmático apriorístico da matéria. Comporta, portanto, verificação da hipótese concreta. Esses critérios objetivos são: a) a natureza do processo e complexidade da causa; b) o comportamento das partes e de seus procuradores; c) a atividade e o comportamento das autoridades judiciárias e administrativas competentes; d) a fixação legal de prazos para a prática de atos processuais que assegure efetivamente o direito ao contraditório e ampla defesa⁸⁸.

Por sua vez, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro atesta que:

Não há fórmula pronta para se encontrar o caminho da razoável duração do processo. O caminho deve ser buscado numa equação que alie a celeridade e a observância das demais garantias do processo, o que só pode ser encontrado à luz das particularidades de cada caso⁸⁹.

⁸⁵ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 36.

⁸⁶ ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. *op. cit.*, p. 219.

⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 22.

⁸⁸ NERY JUNIOR, Nelson. *op. cit.*, p. 315.

⁸⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 59.

O referido autor, ainda assim, ilustra⁹⁰ e sistematiza as variáveis que devem ser aferidas para alcançar-se a razoável duração do processo:

Bem se vê, portanto, de maneira resumida, que o critério da *posta in gioco* combina três fatores: (i) a atuação dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição; (ii) a conduta das partes; e (iii) a complexidade da causa⁹¹.

Não há, de qualquer sorte, como querer compreender o inciso LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna como sinônimo de celeridade. Até porque, como já afirmado, eventual celeridade não pode comprometer outras garantias do processo – tais quais, por exemplo, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade e a motivação –, que demandam tempo necessário para se concretizarem⁹².

Em suma, o que o comando constitucional exige é que a atividade constitucional e os métodos por esta empregados sejam racionalizados e tornados mais eficientes – o que, aliás, vai ao encontro do artigo 37 da Constituição Federal e do princípio da eficiência lá previsto expressamente.

Não à toa o artigo 8º do Código de Processo Civil faz expressa alusão à eficiência, entre outros princípios da Administração Pública. Nesse sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves anota que:

O princípio da eficiência exige que todos os órgãos da Administração Pública exerçam suas funções de forma eficiente, ou seja, de modo a propiciarem o grau máximo de satisfação, não podendo ser diferente com o Poder Judiciário. Sendo a função do Poder Judiciário a tutela de direitos pela atividade jurisdicional, cabe ao Poder Judiciário prestar um serviço eficiente, atendendo na plenitude o ideal de acesso à ordem jurídica justa, alcançando-se o melhor resultado, no menor espaço de tempo e trazendo aos jurisdicionados a maior satisfação possível⁹³.

O princípio da razoável duração do processo impõe aos operadores do Direito a busca incessante de soluções para otimizar a atividade jurisdicional. O sistema

⁹⁰ Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, exemplificativamente, faz alusão a dois extremos: “De um lado, o juiz demasiadamente lento, extremamente zeloso, que respeita de forma inflexível, ao pé e ao cabo, todas as garantias inerentes ao devido processo legal; de outro, o juiz afoito que concede de forma descuidada liminares ou que julga prematuramente a causa. Ambos são perigosos ao sistema. É no meio-termo entre a conduta desses dois juízes que pode ser encontrada uma conduta razoável, que nos conduza a uma prestação jurisdicional efetiva, ou seja, que consiga conciliar os valores segurança e celeridade ao mesmo tempo em que proporciona às partes aquilo que lhes garante o direito material”. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, pp. 59-60.

⁹¹ *Idem, ibidem*, p. 60.

⁹² BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, p. 54.

⁹³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 40.

processual, como incita Paulo Hoffman, deve ser constantemente repensado e revisitado a partir da garantia prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal⁹⁴.

Conforme elucida Anselmo Prieto Alvarez:

Um dos principais instrumentos existentes no Estado Social Democrático de Direito que visa garantir a razoável duração do processo na busca da efetividade da prestação da tutela jurisdicional, de modo a torná-la adequada, é o das tutelas provisórias⁹⁵.

Compete ao processualista idealizar, em abstrato, técnicas para buscar um julgamento mais célere, mitigando os efeitos do tempo em prol dos jurisdicionados. Diante desse enfoque, Anselmo Prieto Alvarez assim aduz:

As tutelas provisórias desempenham papel importantíssimo para o afastamento dos nefastos efeitos causados pela morosidade temporal no desfecho da prestação jurisdicional por meio do processo, pois elas têm como objetivo conceder de imediato em situações específicas, e não somente após a finalização do devido processo legal, alguma providência, como por exemplo, a realização de atos de constrição de bens (arresto); a própria tutela meritória pretendida por quem promoveu o acesso à Justiça, ou, ainda, quaisquer dos seus efeitos; evitando assim que as delongas processuais gerem aos lesados danos irreparáveis ou de difícil ou incerta reparação⁹⁶.

É precisamente sob tal perspectiva que devem ser estudadas as tutelas provisórias.

⁹⁴ HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 324.

⁹⁵ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma visão geral da tutela provisória no NCPC. In: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 82, jul./dez. 2015. São Paulo, p. 307.

⁹⁶ ALVAREZ, Anselmo Prieto, *op. cit.* p. 308.

3. AS TÉCNICAS DE COGNIÇÃO NO PROCESSO CIVIL

3.1. Tutelas diferenciadas e sua relação com a efetividade do processo

Atualmente, constitui truísmo apontar a efetividade do processo como síntese das preocupações metodológicas dos seus operadores. Essa busca tem raízes na própria natureza instrumental do processo civil moderno, que procura, na clássica expressão de Giuseppe Chiovenda, proporcionar a quem tenha razão, até o limite do praticamente possível, “tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem direito de conseguir”⁹⁷.

O processo só terá cumprido sua função instrumental, portanto, se acaso se revelar apto a conceder uma tutela adequada e efetiva, isto é, aquela que permita a aproximação máxima entre o direito subjetivo concedido no plano do direito material e o seu reconhecimento em sede processual, culminando com a concreta oferta do bem ou da situação jurídica ao titular da pretensão⁹⁸.

Dentre os inúmeros mecanismos adotados pelo sistema e preconizados pela doutrina, com vistas a atingir esse amplo objetivo de efetividade, sobressaem as tutelas diferenciadas, importante instrumento de ajuste da tutela jurisdicional às peculiaridades inerentes a cada relação de direito material.

Com efeito, de várias formas podem ser classificadas as espécies de tutela jurisdicional. Além da divisão baseada no provimento judicial almejado, também merece registro o critério de classificação para as tutelas jurisdicionais com base na técnica processual adotada. À vista de tal foco, a doutrina distingue a tutela comum da tutela diferenciada.

⁹⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: **Rivista dei diritto commerciale**, v. 9, parte I, 1911, p. 110.

⁹⁸ Este é o problema central da efetividade do processo, na visão de Kazuo Watanabe, in: WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 21.

A síntese da amplitude do tema está na definição de Cândido Rangel Dinamarco, para quem essa expressão resume a “idéia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais (sic)” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a, p. 270.

A tutela comum é aquela que não apresenta especificidades, sendo, por isso, adotada para a generalidade dos casos. Por seu turno, as tutelas diferenciadas estão diretamente atreladas à predisposição de mecanismos no processo que o tornem apto a cumprir, com maior eficiência, seu papel⁹⁹. É o que, aliás, sustenta Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

A tutela jurisdicional diferenciada está intimamente ligada à efetividade do processo, na medida em que deve ser assegurada à parte a espécie de tutela mais adequada à efetiva e real proteção do direito invocado¹⁰⁰.

Destarte, as alternativas aos esquemas de procedimento “tipo” ou “padrão” voltam-se, especialmente, ao alcance de maior celeridade e eficácia na prestação jurisdicional, diante de peculiaridades da vida contemporânea e da existência de situações em que a probabilidade de que o autor tenha razão, bem como da virtual não ocorrência de resistência mais consistente por parte do réu, legitima a adoção de soluções mais “singelas” para os conflitos¹⁰¹.

É necessário, entretanto, compreender com precisão o que vem a ser a tutela jurisdicional diferenciada.

O tema passou a ser objeto de debate da ciência processual a partir do trabalho de Andrea Proto Pisani, publicado em 1973, tendo como pressuposto óbvio a necessidade de diversificar as técnicas processuais para adequá-las às hipóteses de direito material¹⁰².

De fato, diante do dinamismo econômico-social que já pujava à época, era necessário viabilizar a quebra do modelo neutro e único de processos ordinários de cognição plena¹⁰³, presumidamente predispostos a permitir o julgamento de qualquer caso. Como mostra Luiz Guilherme Marinoni:

⁹⁹ ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, 1992, p. 45.

¹⁰⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 75.

¹⁰¹ LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190 abr./jun., 2011, p. 180.

¹⁰² PROTO PISANI, Andrea. Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. *In: Studi di Diritto Processuale del Lavoro*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 65.

¹⁰³ São pertinentes as observações de Dierle Nunes e Érico Andrade: “Era comum a assertiva de que o sistema processual delineado (prioritariamente) por Alfredo Buzaid no CPC de 1973 buscava uma tutela comum, pelo equivalente financeiro e sem preocupações com o fator temporal (neutralidade temporal). Uma tutela comum, eis que se criaram poucos procedimentos genéricos (comum ordinário e sumário) com

No Estado constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer valor. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutelas relevadas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais¹⁰⁴.

Portanto, outorgar à jurisdição o escopo de tutela dos direitos é imprescindível para dar efetividade aos direitos fundamentais, inclusive ao direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Na esteira do magistério de Luiz Guilherme Marinoni:

O processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material. De modo que entre as tutelas dos direitos e as técnicas processuais deve haver uma relação de adequação. No entanto essa relação de adequação não pergunta mais sobre as formas de tutela, mas a respeito das técnicas processuais¹⁰⁵.

A partir dessas considerações, exsurge a definição de tutela diferenciada por José Roberto dos Santos Bedaque:

Tutela jurisdicional diferenciada pode ser entendida de duas maneiras diversas: a existência de procedimentos específicos, de cognição plena e exauriente, cada qual elaborado em função de especificidades da relação material; ou a regulamentação de tutelas sumárias típicas, precedidas de cognição não exauriente, visando a evitar que o tempo possa comprometer o resultado do processo¹⁰⁶.

Assim, é ínsita à noção de tutela diferenciada qualquer possibilidade de especialização ou sumariedade que proporcione diferenciação em relação ao procedimento comum.

a pretensão de permitir o julgamento de qualquer tipo de litígio. Pelo equivalente financeiro, eis que o sistema era privado originalmente de técnicas (v. g., de tutela específica) para o cumprimento de obrigações (v. g., de fazer e não fazer), resolvendo-se situações de inadimplemento pela indenização do equivalente econômico. E, finalmente, neutro, em termos temporais, porque não existia uma preocupação técnica com formas de se abreviar o julgamento, a carga executiva e o fim dos procedimentos. No entanto, com o advento de nossa Constituição de 1988, e com as infindáveis reformas que o CPC sofreu ao longo de todos esses anos, foram introduzidas técnicas de tutela antecipada, específica, e foram criados novos procedimentos dentro (v. g., procedimento monitorio) e fora do sistema do CPC (v. g., processo coletivo do CDC, juizados especiais, lei de locações, mandado de segurança etc.). Almejou-se delinear uma tutela eficiente, adequada e tempestiva. Esta tendência é recorrente desde a década de 1970". NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. *In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 56, abr./jun. 2015, p. 65.

¹⁰⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 18.

¹⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 24.

¹⁰⁶ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *op. cit.*, p. 115.

Embora irreparável a concepção exposta, a construção que se apresenta como mais afeita ao tema é aquela que relaciona o conceito da tutela jurisdicional diferenciada com a restrição à atividade cognitiva realizada pelo magistrado para proferir sua decisão. Em outras palavras, não obstante a diversidade quanto ao procedimento esteja muitas vezes associada à matéria, o elemento central na definição do instituto está na limitação à cognição¹⁰⁷.

Há, pois, de se descartar pura e simplesmente a especialização procedimental como elemento definidor da tutela diferenciada, a qual deve abranger as modalidades de tutela sumária. Estas têm como elemento comum dispensarem a cognição exauriente, objetivando assegurar a efetividade da tutela jurisdicional.

Nessa mesma linha de raciocínio, aponta a doutrina para a tutela diferenciada como opção em relação ao procedimento padrão – este de cognição completa –, visto que pode ser realizada mediante cognição sumária, com aptidão para desde logo realizar o direito afirmado pelo litigante¹⁰⁸.

Como sinalizam Antonio Carlos Marcato¹⁰⁹ e José Rogério Cruz e Tucci¹¹⁰, a sumariedade da atividade cognitiva realizada pelo magistrado para fins de prolação de sua decisão é a principal nota característica da denominada tutela jurisdicional diferenciada, seja com relação aos provimentos provisórios, seja, ainda, quanto aos provimentos judiciais definitivos ou finais.

Logo, a expressão tutela diferenciada emprega-se tanto para os casos de tutela provisória, como, também, para a categoria por vezes referida pela doutrina como “ações sumárias”, em que se obtém provimento definitivo sem que haja cognição completa por parte do juiz¹¹¹.

Ancorado nesses elementos, João Batista Lopes denomina como tutela diferenciada o conjunto de técnicas e modelos para fazer o processo atuar pronta e

¹⁰⁷ LEONEL, Ricardo de Barros. *op. cit.*, p. 181.

¹⁰⁸ SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada** (tutelas de urgência e medidas liminares em geral). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 136.

¹⁰⁹ MARCATO, Antônio Carlos. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27.

¹¹⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitoria**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997a, p. 15.

¹¹¹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo cautelar, v. 11. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985, p. 50.

eficazmente, garantindo a adequada proteção dos direitos segundo as necessidades de cada caso, obedecidos os princípios, regras e valores da ordem jurídica¹¹².

Já Ricardo de Barros Leonel, perfilhando como critério principal (embora não único) a restrição à atividade cognitiva do juiz, define tutela diferenciada como:

Proteção jurídica e prática outorgada pelo Estado-juiz, resultante da utilização de procedimentos especiais previstos no ordenamento processual, em que a celeridade e a efetividade da prestação jurisdicional decorram da limitação da cognição¹¹³.

Em obra clássica a respeito do instituto da cognição judicial, Kazuo Watanabe a define como:

Prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo¹¹⁴.

Para Alexandre Freitas Câmara, cognição é:

A técnica utilizada pelo juiz para, através da consideração, análise e valoração das alegações e provas produzidas pelas partes, formar juízos de valor acerca das questões suscitadas no processo, a fim de decidi-las¹¹⁵.

Trata-se de atividade comum a todas as categorias de módulo processual, embora se revele predominante no módulo cognitivo. Isso porque a finalidade essencial do processo de conhecimento é a obtenção de uma declaração, consistente em conferir-se certeza jurídica à existência ou inexistência do direito afirmado pelo demandante em sua petição inicial¹¹⁶.

Para prolatar o provimento capaz de permitir que se alcance essa finalidade, é preciso que o juiz examine e valore as alegações e as provas produzidas no processo, a fim de emitir seus juízos de valor acerca das mesmas. A essa técnica de análise e

¹¹² LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil** – Parte geral, v. 1. São Paulo: Atlas, 2005, p. 25.

¹¹³ LEONEL, Ricardo de Barros. *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁴ WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, 2000, pp. 111-112.

¹¹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014a, p. 307.

¹¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas, *op. cit.*, 2014a, p. 307.

valoração é que se dá o nome de cognição, a qual constitui elemento essencial para a adequação do processo às necessidades do direito material¹¹⁷.

As possibilidades com relação a essas restrições são esmiuçadas didaticamente por Kazuo Watanabe, que segmenta as limitações à atividade cognitiva do juiz no denominado plano horizontal – quando a cognição pode ser plena ou parcial – e no chamado plano vertical – quando a cognição pode ser exauriente ou superficial¹¹⁸.

3.2. Cognição plena e cognição parcial

No prisma horizontal, busca-se saber sobre o que incide a atividade cognitiva do juiz, havendo entre os autores que trataram do tema em definir os componentes desse objeto.

Há que se referir, em primeiro lugar, aos autores que defendem a ideia de que o objeto da cognição é um binômio, formado pelos pressupostos processuais e pelas condições da ação. Destaca-se, nessa diretriz, o posicionamento de Giuseppe Chiovenda¹¹⁹.

Vale recordar que Giuseppe Chiovenda adotava a teoria concreta da ação, o que o levava a considerar que as condições da ação eram os requisitos para obtenção de um julgamento favorável, aí incluindo, portanto, a existência do direito substancial afirmado pelo demandante¹²⁰.

Rodrigo da Cunha Lima Freire pondera a respeito do tema que:

Sistematização mais simples teria sido a do binômio processual formado pelos requisitos de admissibilidade e pelo mérito da causa – adotada normalmente quanto aos recursos – ou pelos pressupostos processuais e pelo mérito da causa, desde que nos pressupostos processuais fossem incluídas as condições da ação, a exemplo do que ocorre nas processualísticas alemã e portuguesa¹²¹.

¹¹⁷ *Idem, ibidem*, p. 307.

¹¹⁸ WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, 2000, pp. 58-59.

¹¹⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. 2. ed. Tradução de José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 69.

¹²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, 2014a, p. 308.

¹²¹ FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Preliminares, Prejudiciais e Mérito da Causa**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 12 de fevereiro de 2024.

De outra banda, a corrente prevalecente sustenta que o objeto da cognição judicial é composto por um trinômio de elementos: condições da ação, pressupostos processuais e mérito. São partidários de tal opinião Cândido Rangel Dinamarco¹²² e Kazuo Watanabe¹²³.

Ressalve-se, ainda, o posicionamento de Celso Neves, para quem – distinguindo pressuposto do supostos processuais – o objeto da cognição seria um quadrinômio: pressuposto processual, supostos processuais, condições da ação e mérito da causa. Transcreve-se:

Restrito o pressuposto processual ao exercício do direito de ação, sem o qual não pode ter existência a relação jurídica processual dispositiva, os supostos processuais envolveriam os requisitos de validade do processo, permanecendo as condições da ação no plano das circunstâncias que tornam possível o exame do mérito¹²⁴.

Alexandre Freitas Câmara filia-se à tese que considera que o objeto da cognição é moldado por um trinômio de questões, porém diversas daquelas tradicionalmente enunciadas:

Em vez de falar em pressupostos processuais, ‘condições da ação’ e mérito da causa como componentes do objeto da cognição, parece-me mais acertado falar-se que os componentes de tal trinômio são questões preliminares, questões prejudiciais e questões referentes ao mérito da causa (objeto do processo)¹²⁵.

Nesse escopo, devem ser apreciadas, primeiramente, as questões preliminares. Estas são uma espécie de questão prévia, assim compreendida toda e qualquer questão que deva ser apreciada antes do mérito da causa.

Entre as questões prévias, encontram-se duas espécies: preliminares e prejudiciais. As primeiras são aquelas cuja solução pode impedir o julgamento do objeto do processo. Assim, por exemplo, a análise das condições da ação e dos pressupostos processuais são preliminares, visto que sua resolução pode impedir a apreciação do mérito, extinguindo-se o processo sem que este seja resolvido.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo, v. 9, n. 34, abr./jun. 1984, pp. 20-46.

¹²³ WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, 2000, pp. 58-59.

¹²⁴ NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 199.

¹²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, 2014a, pp. 308-309.

Ultrapassadas as preliminares, o que significa dizer que é possível a apreciação do objeto do processo, passa-se à segunda espécie de questões prévias: as denominadas prejudiciais.

Adentra-se, nesse momento, no segundo elemento do trinômio de questões que compõem o objeto da cognição judicial. Questão prejudicial pode ser definida como o antecedente lógico e necessário do julgamento do mérito (questão prejudicada) – e que vincula a solução deste –, podendo ser objeto de demanda autônoma^{126 127}.

José Carlos Barbosa Moreira exemplifica:

Numa ação popular, a questão sobre a validade do ato de naturalização é prévia (prejudicial) em relação à questão sobre a legitimidade para a causa e esta, por sua vez, é prévia (preliminar) em relação à questão de mérito¹²⁸.

A questão prejudicial pode ser interna (quando surge no mesmo processo onde será apreciada a questão prejudicada) ou externa (quando sua apreciação se dará em outro processo).

Após a análise de eventual questão prejudicial que tenha surgido no processo, passa-se ao terceiro elemento do objeto da cognição, qual seja, o conjunto de questões referentes ao mérito da causa. Este, por sua vez, consiste na pretensão manifestada pelo autor em sua demanda.

Em outras palavras, após a apreciação das questões prévias, passa o juiz a apreciar o mérito, ou seja, a julgar o pedido do autor. Note-se que resolver questões não é julgar, mas algo que se faz a caminho do julgamento. Julgar é concluir – e só se consegue chegar à conclusão depois de resolvidas todas as questões. É preciso, então,

¹²⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. **Prejudicialidade: Conceito, Natureza Jurídica, Espécies de Prejudiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 53.

¹²⁷ Como conceitua Alexandre Freitas Câmara: “Trata-se (...) de questão que deve ser apreciada antes do objeto do processo, o que justifica sua inclusão como elemento distinto do mérito no objeto da cognição judicial. A prejudicial é uma questão prévia ao mérito e cuja solução terá forte influência na resolução do objeto do processo. Exemplo tradicional é o que se tem na ‘ação de alimentos’, em que o autor alega ser filho do réu, e este contesta a pretensão do demandante, negando a filiação. Antes de julgar a pretensão do autor, como facilmente se deduz, caberá ao juiz verificar se ele é ou não filho do réu. Essa questão não integra o objeto do processo, sendo a ele anterior (questão prévia, portanto). Salta aos olhos, porém, que a solução que se dê à prejudicial influirá no julgamento da pretensão”
CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, 2014a, p. 310.

¹²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967, p. 33.

que o juiz conheça de todas as questões de mérito, resolvendo-as, para que possa proferir seu julgamento sobre a pretensão do demandante¹²⁹.

A cognição, portanto, tem por limite os elementos objetivos do processo – o trinômio pressupostos processuais, condições da ação e mérito –, podendo ser plena ou parcial.

No plano horizontal, em que se verifica a amplitude da cognição judicial, o que se busca é saber qual a extensão com que são analisados os elementos componentes do objeto da cognição. Fala-se, assim, em cognição plena (quando todos os componentes do trinômio são apreciados) e limitada (quando ocorre alguma restrição na amplitude da cognição).

A primeira espécie é a mais frequente no módulo processual de conhecimento, já que o princípio da economia processual impõe que se busque a existência de um processo capaz de assegurar o máximo de vantagem com o mínimo de dispêndio. Assim sendo, na maioria dos processos cognitivos, o objeto da cognição é inteiramente analisado pelo juízo, com o que se garante que a sentença resolverá a questão submetida ao crivo do judiciário da forma mais completa possível.

Inclusive, segundo Luiz Fux:

A atividade cognitiva é considerada o núcleo mais expressivo da jurisdição, tanto que autores de renome consideravam o “processo de conhecimento” como “jurisdicional”, em contraposição ao executivo e ao preventivo. Realmente, a cognição, como a atividade de conhecer fatos e direito para julgar, lega ao Judiciário a tarefa de dizer o direito – *jus dicere* – aplicável à espécie, substituindo a inteligência dos contendores na compreensão dos fins da lei¹³⁰.

Tem-se, portanto, que a cognição plena se baseia na completude de estudo da matéria e do efeito amplo e geral da cognição. Há, aqui, a possibilidade de o juiz conhecer todas as questões suscitadas pelas partes.

O sentido da plenitude é expresso por Giuseppe Chiovenda, reportando-se ao exame exaustivo dos argumentos das partes, quer dizer, de todas as condições para a existência do direito e de todas as exceções do réu¹³¹.

¹²⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, 2014a, p. 310.

¹³⁰ FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência** (fundamentos da tutela antecipada). São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

¹³¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, 1965, p. 254.

A cognição deixa de ser plena, para ser limitada, sempre que o direito material restringe de modo particular a matéria pertinente, com reflexos no processo e na área suscetível de cognição – excluindo a eficácia jurídica de algum ato ou fato com relação a determinada categoria substancial.

A técnica da cognição parcial pode operar de dois modos: fixando o objeto litigioso ou estabelecendo os lindes da defesa¹³².

Nesse ponto, Cândido Rangel Dinamarco preleciona que a delimitação da área sujeita à cognição no plano horizontal é dada, em primeiro lugar, pela relevância jurídico-material da questão a investigar, pois não haveria utilidade alguma a discussão em torno de pontos estranhos à categoria jurídica em que se enquadra o litígio¹³³.

Ora, se o autor vai a juízo pleiteando uma providência jurisdicional para albergar um direito que sustentar possuir, obviamente que apenas interessará ao magistrado conhecer das questões de fato controvertidas que compõem o fato gerador do direito alegado. Assim, em demanda que verse sobre responsabilidade civil objetiva, a discussão em torno da culpa do agente não guarda pertinência com a causa.

Outro recorte é conferido pela própria legislação. Consoante sinaliza Luiz Guilherme Marinoni:

O legislador, através da técnica da cognição parcial, pode desenhar procedimentos reservando determinadas exceções, que pertencem à situação litigiosa, para outros procedimentos; nos procedimentos de cognição parcial, o juiz fica impedido de conhecer as questões reservadas, ou seja, as questões excluídas pelo legislador para dar conteúdo a outra demanda¹³⁴.

À guisa de exemplo, vislumbra-se a limitação da cognição sob o plano horizontal nas ações possessórias, em que – como notório – não se pode examinar a existência do domínio (vedação da exceção de domínio).

Logo, ilustrativamente, se for proposta uma ação possessória em que figure como réu o proprietário do bem, este não poderá alegar, em defesa, o domínio. A cognição é, portanto, limitada, restringindo-se à análise da posse. Fica aberta,

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 26.

¹³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 37.

¹³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 26.

obviamente, a via da ação petitória para que aquele que se considere proprietário possa fazer valer esse direito em juízo¹³⁵.

Outrossim, mencionam-se as demandas que envolvem títulos de crédito, nas quais não se admite defesa fundada na causa ou origem do título. Os artigos 915 e 916 do Código Civil dispõem que o devedor não pode opor ao legítimo portador do título de crédito as exceções pessoais que possui contra o devedor originário, salvo nos casos de aquisição de má-fé.

Para que se possa compreender a relação entre a cognição parcial e a ideologia dos procedimentos, cabe observar que o procedimento de cognição parcial privilegia os valores certeza e celeridade, ao permitir o surgimento de uma sentença com força de coisa julgada material em um tempo inferior àquele que seria necessário ao exame de toda a extensão da situação litigiosa, mas deixa de lado o valor “justiça material”¹³⁶.

3.3. Cognição exauriente e cognição sumária

Como visto, o pressuposto lógico e prático da decisão é a cognição, pois o juiz conhece dos fatos, do direito e das provas previamente para, só então, decidir.

Em conformidade com Luiz Fux:

O Judiciário, através da cognição, aplica a lei ao caso concreto, impondo a sua vontade, exteriorizada no ato final, com coerção e autoridade. O fim a que se visa no processo de conhecimento é a obtenção da resposta judicial acerca de quem efetivamente tem razão à luz do direito positivo. Daí afirmar-se que o processo serve para dar razão a quem efetivamente a tem, bem como que o processo de conhecimento é aquele em que o Judiciário é convocado a declarar entre dois contendores – com a solenidade e com os efeitos da sentença – quem tem razão e quem a não possui¹³⁷.

No plano vertical – ou seja, tendo em vista a profundidade da cognição –, esta pode ser classificada em exauriente ou sumária¹³⁸.

¹³⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, 2014a, p. 310.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 26.

¹³⁷ FUX, Luiz. *op. cit.*, pp. 7-8.

¹³⁸ A classificação, conforme já destacado, é atribuída à Kazuo Watanabe. Para o autor: “Há, ainda, a cognição em sua forma mais tênue e rarefeita, sendo mesmo eventual, que é a cumprida no processo de execução” WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118.

A cognição exauriente propicia o máximo de certeza e segurança jurídica possíveis aos jurisdicionados, tendo como consequência principal a formação da coisa julgada material.

Nos dizeres de Bruno Vinícius da Rós Bodart da Costa:

Exaurir é esgotar, dissipar inteiramente, conforme definição vernacular. A cognição exauriente é aquela que esgotou todos os elementos que poderiam e deveriam ser perquiridos pelo juiz com vista à solução da causa, com ou sem exame do mérito¹³⁹.

Assim, Luiz Guilherme Marinoni ensina acerca da cognição exauriente que:

A tutela de cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório, ou seja, não permite a postecipação da busca da “verdade e da certeza”. Por isso mesmo, a tutela de cognição exauriente, ao contrário da tutela sumária, é caracterizada por produzir coisa julgada material¹⁴⁰.

Nesse passo, é forçoso concluir que a assunção do contraditório revela-se inerente à cognição exauriente.

Tradicionalmente, considera-se que o princípio do contraditório é formado por dois elementos: informação e possibilidade de reação¹⁴¹. Daí por que Nelson Nery Junior assim afirma:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis. Os contendores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos¹⁴².

Portanto, as partes devem ser regularmente comunicadas de todos os atos processuais, franqueando-se a elas a oportunidade de reação como forma de garantir participação na defesa de seus respectivos interesses em juízo. A respeito do tema, Daniel Amorim Assumpção Neves aduz que:

¹³⁹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 49.

¹⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 29.

¹⁴¹ NEVES, Daniel Amorim. *op. cit.*, p. 40.

¹⁴² NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137.

Sendo o contraditório aplicável a ambas as partes, costuma-se também empregar a expressão “bilateralidade da audiência”, representativa da paridade de armas entre as partes que se contrapõem em juízo¹⁴³.

O binômio informação-reação, elementos norteadores do contraditório formal, exige apontamentos. A informação exigida pelo princípio é naturalmente associada à necessidade de a parte ter conhecimento do que está ocorrendo no processo, para que possa se posicionar. Logo, fere o princípio do contraditório qualquer previsão legal que exija um comportamento da parte sem a esta instrumentalizar meios para que se certifique acerca da situação processual.

No tocante à reação e à interpretação de que a verificação concreta desse segundo elemento depende da vontade da parte, que opta por reagir ou se omitir, é importante lembrar que a regra do ônus processual, nesse caso, limita-se aos direitos disponíveis. Aqui, de fato, o contraditório estará garantido, ainda que concretamente não haja reação, bastando que a parte tenha a oportunidade de reagir¹⁴⁴.

Já nas demandas que têm como objeto direitos indisponíveis, o contraditório exige a efetiva reação, com a criação de mecanismos processuais para que, apurada eventual inércia da parte, produza-se uma ficção jurídica de que houve a atuação. Como exemplifica Daniel Amorim Assumpção Neves:

Não se presumem verdadeiros os fatos alegados pelo autor diante da revelia do réu quando a demanda versar sobre direitos indisponíveis (art. 345, II, do CPC)¹⁴⁵.

Logo, ainda que ressalvadas as exceções previstas nos respectivos incisos, merece crítica a redação do *caput* do artigo 9º do Código de Processo Civil ao estabelecer que o juiz não proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Na realidade, a legislação processual não veda propriamente a prolação de decisão sem a oitiva parte, eis que a manifestação desta é um ônus processual.

A única compreensão possível do referido dispositivo legal é de que a decisão não será proferida antes de intimada a parte contrária e concedida a ela uma

¹⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 41.

¹⁴⁴ *Idem, ibidem*, p. 41.

¹⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 41.

oportunidade de manifestação. Afinal, a circunstância de poder a parte ser ouvida, o que não se confunde com a factual oitiva, já é o suficiente para se respeitar o princípio do contraditório.

De toda sorte, modernamente se vislumbrou que a concepção tradicional do princípio, fundada no binômio informação-reação, garantia apenas o aspecto formal do contraditório. A rigor, para que este seja substancialmente satisfeito, a possibilidade de reação no caso concreto deve deter o real poder de influenciar o juiz na formação de seu convencimento. Tal assertiva é abordada com precisão por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

O conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes. Por isso, para que seja atendido esse mínimo, insta que cada uma das partes conheça as razões e argumentações expendidas pela outra, assim como os motivos e fundamentos que conduziram o órgão judicial a tomar determinada decisão, possibilitando sua manifestação a respeito em tempo adequado¹⁴⁶.

O poder de influência passa a ser, assim, o terceiro elemento do contraditório, tão essencial quanto à informação e à reação.

São nesses exatos contornos que o contraditório, ínsito à cognição exauriente, deve ser compreendido.

Outro traço distintivo da cognição exauriente é a predeterminação legal das formas dos atos processuais e dos prazos, assim como dos poderes, deveres e faculdades processuais das partes e do juiz.

Em outras palavras, a cognição exauriente exige prévia definição de uma sequência de atos que permita às partes, em igualdade de condições, propor fundamentadamente os seus respectivos argumentos. Tal previsibilidade também se estende à fase instrutória apta a tornar o contraditório efetivo.

Atinente à fase decisória, o aprofundamento dialógico do processo propicia a efetiva possibilidade de pronunciamento conclusivo do juiz a respeito da verdade fática

¹⁴⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantias constitucionais do processo civil**, t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 144.

e do direito material das partes. Ademais, é inerente à verticalização da cognição a possibilidade do completo reexame das conclusões alcançadas pelo juízo singular.

Reportando-se ao escólio de Andrea Proto Pisani, Bruno Vinícius da Rós Bodart sintetiza:

Andrea Graziosi leciona que o que caracteriza a cognição plena ou exauriente é a detalhada predeterminação legal de todas as passagens salientes do processo e da máxima parte das atividades aí desenvolvidas pelas partes e pelo juiz. Não basta que o juiz tenha dado garantia de profundidade na condução do caso tratado. É necessário que isso tenha resultado de um modelo procedimental rigidamente pré-estabelecido por normas gerais e abstratas e considerado ex ante idôneo pelo legislador para assegurar às partes, em igualdade de condições, perante um juiz imparcial, o pleno exercício de todas as faculdades defensivas (sob o prisma do contraditório, da prova, da validade dos atos processuais e dos meios de impugnação)¹⁴⁷.

Alexandre Freitas Câmara respalda:

A cognição exauriente, portanto, permite a prolação de uma decisão baseada em juízo de certeza (jurídica), o que justifica a formação da coisa julgada, manto que reveste de imutabilidade e indiscutibilidade o conteúdo dessa decisão. Em outros termos, a cognição exauriente permite a resolução definitiva da questão trazida ao crivo do judiciário, impedindo, assim, o surgimento de processo posterior que tenha o mesmo objeto¹⁴⁸.

Importa sublinhar que a cognição pode ser exauriente – em seu plano vertical – mas horizontalmente parcial. Cita-se, à guisa de exemplo, o mandado de segurança.

Como é sabido, o *mandamus* reclama o denominado “direito líquido e certo”, vale dizer, aquele que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração¹⁴⁹.

A petição inicial do *writ* deve estar instruída com prova documental pré-constituída e suficiente para demonstrar a afirmação da existência do direito. Assim, como arguiu Luiz Guilherme Marinoni:

Quando o direito afirmado no mandado de segurança exige outra prova além da documental, fica ao juiz impossível o exame do mérito. No caso oposto, ou seja, quando apresentada prova documental da alegação, o juiz julgará o mérito e a sentença produzirá coisa julgada material. Como está claro, o mandado de

¹⁴⁷ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *op. cit.*, 2014a, p. 310.

¹⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 21.

segurança é processo que tem exame do mérito condicionado à existência de prova capaz de fazer surgir cognição exauriente¹⁵⁰.

Trata-se, pois, de processo modelado através da técnica da cognição exauriente *secundum eventum probationis*. Tal técnica, além de permitir a construção de um processo célere e – ao mesmo tempo –, de cognição exauriente, não elimina a possibilidade de o jurisdicionado, que lançou mão do mandado de segurança sem prova documental pré-constituída e suficiente, recorrer ao procedimento comum.

Já o procedimento monitorio é resultado da combinação da técnica da cognição exauriente por ficção legal com a técnica da cognição exauriente *secundum eventum defensionis*¹⁵¹. Estando a petição inicial devidamente instruída e sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá, sem a oitiva do réu, a expedição do mandado – o qual se converterá em título executivo judicial quando o devedor, além de não adimplir, não apresentar embargos monitorios ou quando estes forem julgados improcedentes.

Note-se que a não apresentação de embargos monitorios, por si só, faz surgir o título executivo, restando vedado ao magistrado determinar a produção de prova tendente à averiguação da existência do direito afirmado.

Em contraposição à cognição exauriente, Kazuo Watanabe consagra a cognição sumária:

Cognição sumária é uma cognição superficial, menos aprofundada no sentido vertical¹⁵².

O termo “sumário” remonta à *summatim cognoscere*, do Direito Romano, que não era apenas uma simplificação e abreviação do procedimento ordinário; era caracterizada, a bem dizer, por gerar uma decisão temporária resultante de cognição incompleta e provisória¹⁵³.

Ainda sobre o Direito Romano, Bruno Vinícius da Rós Bodart lembra que:

As instituições de Gaio previam a chamada “prova *prima facie*” como suficiente para embasar uma decisão judicial, apesar da incompletude da cognição, podendo haver, em alguns casos, cognição ulterior. A *cognitio prima facie* era incompleta e se caracterizava por somente admitir meios de defesa evidentes e

¹⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 31.

¹⁵¹ *Idem, ibidem*, p. 35.

¹⁵² WATANABE, Kazuo. **Cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

¹⁵³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 45.

imediatos, de modo a facilitar ao autor a obtenção de um resultado rápido. O *summarius* era previsto nas edições glosadas do *Corpus iuris* nos seguintes termos: *In summariis controversiis non admittitur exceptio, quam propornere excipientes non interest; secus intersit, nisi requirat altiore indagine quo casi in alio judicio reservatur*¹⁵⁴.

A sumarização da cognição é técnica destinada a garantir o resultado útil do processo, na medida em que permite a concessão de tutelas jurisdicionais com celeridade, fulcradas em juízo de probabilidade, nos casos em que a cognição plena se afigura desnecessária, ou até mesmo danosa, ao direito a ser tutelado.

Não há que se falar em tutela jurisdicional efetiva, se esta estiver desprovida do atributo da tempestividade. O decurso do tempo pode trazer graves danos ao litigante que, apesar de ver reconhecido seu direito no plano processual, não chega a perceber os efeitos do provimento concedido em seu favor, seja porque o processo não dispõe mais de meios para produzir um resultado útil, seja porque o próprio direito material já pereceu.

Manifestando-se sobre o tema, expõe Kazuo Watanabe que:

Em razão da função que cumpre a cognição sumária, mero instrumento para a tutela de um direito, e não para a declaração de sua certeza, o grau máximo de probabilidade é excessivo, inoportuno e inútil ao fim a que se destina¹⁵⁵.

A cognição sumária dispensa o contraditório antecipado, possibilitando ao magistrado proferir decisão antes de seu estabelecimento. O exercício da ampla defesa, nessa hipótese, é relegado a um momento posterior¹⁵⁶.

Dessa maneira, pode-se dizer que, pela técnica da cognição sumária, em razão da necessidade premente de uma tutela jurisdicional, o julgador fica autorizado a tomar uma decisão com base nos elementos verossímeis que lhe foram apresentados, sem um aprofundamento maior das questões postas por uma das partes – ou por ambas –, o que fica postergado¹⁵⁷.

Nessa perspectiva, reflete Luiz Fux que:

Imperativos de justiça, por vezes, impedem a cognição exauriente. Em regra, nas hipóteses em que o juízo provê sob urgência, sumarize-se a cognição para compatibilizá-la com as necessidades da causa. O exame vertical impediria ao

¹⁵⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 45.

¹⁵⁵ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 128.

¹⁵⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 116.

¹⁵⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 78.

juízo de atender ao postulado da “celeridade”. Essa cognição sumária pode ser *initio litis*, passível de ser confirmada ou reformada ao final do processo¹⁵⁸.

Ovídio Araújo Baptista da Silva já pregava que, acaso fosse invocada a cognição exauriente para se resolver as situações ensejadoras das medidas cautelares, estar-se-ia denegando verdadeiro direito à parte, pois o procedimento ordinário, marcado, sobretudo, pelo esgotamento do contraditório, não seria capaz de tutelar, de forma efetiva, a urgência demandada¹⁵⁹.

A distinção entre cognição exauriente e cognição sumária é tratada por Luiz Antônio Nunes:

Conhecer o conflito de interesses exaurientemente, mediante conjunto probatório, proporciona ao julgador o encontro da convicção que o leva à certeza e, portanto, ao julgamento do mérito. Conhecê-lo sumariamente possibilita-lhe o encontro da convicção que o leva à probabilidade, nas suas manifestações de verossimilhança, provável e probabilíssimo, e proporciona as decisões nas tutelas antecipatórias e provisórias¹⁶⁰.

Em complemento à parte final da lição transcrita, assim explana Kazuo Watanabe:

Deve haver adequação da intensidade do juízo de probabilidade ao momento procedimental da avaliação, à natureza do direito alegado, à espécie dos fatos afirmados, à natureza do provimento a ser concedido, enfim, à especialidade do caso concreto¹⁶¹.

Veja-se que, em sede de cognição sumária, o juízo de probabilidade é nota característica – conforme salienta Daniel Mitidiero:

Cognição sumária é aquela que não exaure o conhecimento do caso, não permitindo a formação de um juízo de *verdade* e a convicção de *certeza*. Ela viabiliza tão somente um juízo de *probabilidade* a respeito das alegações fático-jurídicas formuladas no processo. Vale dizer: trabalha nos domínios da *aparência do direito* (*fumus boni iuris*). A cognição sumária é uma *atividade* que tem por *objeto* alegações e provas e que visa à formação de um juízo de probabilidade¹⁶².

Grosso modo, uma proposição será provável quando, na reconstrução dos fatos operada no seu intelecto, o julgador observar que militam mais elementos em favor da

¹⁵⁸ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 8.

¹⁵⁹ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 76.

¹⁶⁰ NUNES, Luiz Antônio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 34.

¹⁶¹ WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, 2005, p. 128.

¹⁶² MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 116.

aludida proposição do que em sentido contrário. O resultado dessa equação varia de acordo com a quantidade de elementos de que dispõe o juiz¹⁶³.

É fundamental realçar, como o faz João Victor Carloni de Carvalho, que:

Não é porque a decisão foi concedida em juízo de cognição sumária que deixará de ser mais “justa” em relação àquela que foi prestada após a captação de todos os elementos para o exercício da cognição exauriente. Em certas ocasiões presta-se uma tutela mais “justa” se analisada sob o viés da sumariedade, mais eficaz, célere e eficiente à proteção daquele determinado direito, sem que este pereça pelas mazelas provocadas pelo tempo que a cognição exauriente demandaria¹⁶⁴.

Remo Caponi aponta que sequer há consenso sobre a melhor qualidade da cognição em procedimentos ordinários em relação aos procedimentos sumários:

Do ponto de vista semântico, a contraposição entre cognição plena e cognição sumária parece expressar a ideia de que a primeira deve resultar em um enunciado final verdadeiro, ou seja, correspondente ao direito material, mais do que pode ser o provimento conclusivo de um procedimento sumário. Na realidade não se formou um consenso sobre a identificação destes elementos que logicamente fariam melhor a cognição plena em relação à sumária. Não há nem mesmo acordo se a cognição plena significa conhecimento logicamente melhor do que a sumária. Finalmente se debate se a cognição difere qualitativamente entre os vários procedimentos sumários, se todos os procedimentos sumários carregam em si um momento de cognição e instrução probatória ou melhor, se em algumas delas, a atividade processual não esteja relacionada a outra coisa que não a preparação do título executivo¹⁶⁵.

Por óbvio, o provimento exarado com supedâneo em cognição sumária não poderá jamais ser tido por imutável e indiscutível, já que não é capaz de afirmar, substancialmente, a existência do direito alegado. Daí ser inerente à noção de sumariedade a característica da provisoriedade, como alerta Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

¹⁶³ Parte da doutrina defende que o convencimento do juiz, mesmo no âmbito da cognição sumária, comporta graus diversos. João Batista Lopes, referindo-se à lição de Nicola Framarino Dei Malatesta, aduz que: “Malatesta mostra que o espírito humano reage ante os fatos de três formas diversas: (a) ignorância: falta de qualquer conhecimento; (b) certeza: conhecimento positivo e firme; (c) dúvida: estado de indefinição ante a presença de elementos afirmativos e negativos. Já o conceito de probabilidade, para ele, depende da predominância dos elementos positivos ou do conhecimento afirmativo, donde concluir pela existência da probabilidade máxima, sendo esta última identificável com a verossimilhança” LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 60.

¹⁶⁴ CARVALHO, João Victor Carloni de. **Tutela da evidência no ordenamento processual brasileiro**. Leme: Mizuno, 2020, pp. 28-29.

¹⁶⁵ CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016, pp. 535-536.

Tratando-se de um juízo de plausibilidade/probabilidade e não de certeza, fica patente, ainda, que a decisão tomada com base numa cognição sumária é essencialmente provisória, porquanto fica sujeita à confirmação por um ato ulterior, fruto de uma cognição exauriente.

Na rica casuística da vida, haverá sempre direitos que, pela urgência da situação em razão da iminência de um dano irreparável ou de difícil reparação, ou mesmo pela sua evidência, demandarão tutelas que impliquem, para sua concessão, uma cognição sumária, que atenda aos reclamos de uma tutela jurisdicional urgente, necessária para evitar um dano. De igual forma, mesmo diante de um direito aparentemente evidente, pode-se proceder a uma cognição sumária e não necessariamente exauriente, de forma a adiantar os efeitos da decisão que muito provavelmente virá a final¹⁶⁶.

Em contrapartida, é inescapável alinhar que a regra é a da cognição exauriente, exercendo-se o contraditório pleno e efetivo, bem como respeitando-se o princípio da bilateralidade da audiência (ampla defesa). Logo, afora as hipóteses excepcionais regulamentadas pelo ordenamento para a concessão da tutela provisória (sumária) – seja em virtude da urgência (tutela cautelar e tutela antecipada), seja pela evidência do direito –, os efeitos da sentença só devem ser implementados quando do trânsito em julgado ou, em certos casos, quando o respectivo recurso não for dotado de efeito suspensivo¹⁶⁷.

Ao tratar da divisão do tempo no processo, Egas Dirceu Moniz de Aragão critica aqueles que não hesitam em sustentar a primazia da situação do autor em detrimento não apenas da certeza, como também das garantias processuais. Diz ele: “nesse assunto parece possível parodiar Sartre: o inferno são os réus”¹⁶⁸. E, então, conclui que: “Themis deve ostentar sua balança em perfeito equilíbrio”¹⁶⁹.

Não se deve exagerar na dose quando se trata de instituir medidas tendentes a satisfazer o direito de quem tomou a iniciativa de ir a juízo. Deve-se evitar, tanto quanto possível, a construção de um “processo civil do autor”¹⁷⁰, assim como de um “processo penal do réu”¹⁷¹.

¹⁶⁶ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 79.

¹⁶⁷ ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 62-63.

¹⁶⁸ MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? *In*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 190.

¹⁷⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 86.

¹⁷¹ *Idem, ibidem*, p. 86.

Na mesma linha argumentativa, Paulo Henrique dos Santos Lucon apresenta o que denomina de “crítica respeitosa ao culto exacerbado da tutela antecipada ao focar a realidade a partir de um único prisma”¹⁷². Segundo ele, para se evitar diferenças injustificáveis de tratamento, deve-se observar o contraditório sempre que não houver prejuízo em decorrência da bilateralidade do processo. Em texto a respeito do tratamento paritário, propõe o afastamento da ultrapassada concepção do “processo civil do autor”¹⁷³, ainda que sob a nova roupagem da antecipação da tutela sem fundamento suficiente.

Em suma, preciso é o escólio de Cândido Rangel Dinamarco:

À boa técnica processual incumbe o estabelecimento do desejado racional e justo equilíbrio entre as duas exigências opostas, para que não se comprometa a qualidade do resultado da jurisdição por falta de conhecimento suficiente, nem se neutralize a eficácia social dos resultados bem concebidos, por inoportunidade decorrente da demora¹⁷⁴.

Estabelecidas tais premissas, passa-se à análise da tutela provisória no Código de Processo Civil vigente.

¹⁷² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. *In*: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 667-668.

¹⁷³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. *In*: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 102.

¹⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 2001, p. 232.

4. A DISCIPLINA DA TUTELA PROVISÓRIA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

4.1. Breve relato histórico da tutela provisória

A origem da tutela provisória remonta ao Direito Romano, mais precisamente aos chamados interditos (*interdictum*).

Segundo ensina José Roberto dos Santos Bedaque, os interditos:

Consistiam em ordem emitida pelo magistrado, impondo certo comportamento a uma pessoa privada, a pedido de outra. Essa forma de tutela, emanada do poder de *imperium* do magistrado, abrangia a grande maioria das relações da vida envolvendo direitos absolutos. Já os direitos obrigacionais, versando indenização, eram amparados pela *actio*, com juízo privado. Só a primeira admitia execução específica.

No direito romano havia, portanto, dois sistemas de processo civil. Em um deles era possível a obtenção de ordem liminar, até sem a presença da parte contrária e mediante cognição sumária das afirmações do autor, se feitas conforme o édito. No outro havia pleno contraditório desde o primeiro momento, não era possível a emissão de mandado e a atividade cognitiva era privada¹⁷⁵.

A cognição sumária e a antecipação de efeitos materiais da tutela eram técnicas já esboçadas, pois, no Direito Romano antigo.

Ainda a respeito do tema, José Roberto dos Santos Bedaque menciona que:

O processo sumário, mais abreviado e voltado para a solução de casos urgentes, tem origem, portanto, no interdito romano da época clássica, não nos interditos possessórios existentes nos *judicia extraordinária*¹⁷⁶.

Prosseguindo-se no relato histórico, cumpre afirmar que, com a queda do Império Romano e a invasão dos povos bárbaro-germânicos, exsurgiram institutos derivados da fusão dos dois sistemas jurídicos – um mais evoluído (romano) e outro mais rudimentar (barbárico) –, dando azo ao denominado processo romano-barbárico¹⁷⁷.

Luiz Fux assim narra:

O processo romano-barbárico, porque rudimentar, apresentava traços dessa pouca evolução sociocientífica no âmbito probatório, onde se admitiam os juízos de Deus, segundo os quais este salvaria do duelo ou das provas de fogo e de sangue aqueles que retratavam a verdade, e sobre ela decidia a assembléia. Essa característica assembléar do processo germânico, no qual o juiz era mero orientador do julgamento pela assembléia, representava o fundamento da

¹⁷⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 30.

¹⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 31.

¹⁷⁷ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 159.

eficácia *erga omnes* das decisões, mercê da irrecorribilidade daquelas, uma vez que inexistia qualquer órgão superior à assembléia, nem mesmo o conde feudal, que a elas presidia (*sic*)¹⁷⁸.

Após esse período, tem-se o surgimento do processo romano-canônico, ou processo comum, tido por moroso, excessivamente formal e complicado. Em consequência, reclamos foram deflagrados quanto à necessidade de um processo mais célere.

Assenta Luiz Fux, remetendo-se ao escólio de Enrico Tullio Liebman, que:

Anota Liebman que, por influência da Decretal de Clemente V, de 1306, denominada *Clementina Saepe*, surge o procedimento sumário, menos complicado, simplificado nas suas formas processuais e com cognição completa, e o sumário também com cognição sumária, designado por executivos. Nesses, segundo a regra *in procedendo* da decretal, atuava-se *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii* ¹⁷⁹.

No mesmo seguimento, assim destaca José Roberto dos Santos Bedaque:

Ante a necessidade de soluções rápidas, verificou-se, no direito canônico principalmente, a ampliação da idéia de posse para os direitos pessoais, o que não condiz com a concepção romana desse instituto. Com base nessa idéia, foi possível aplicar, de forma genérica, o mecanismo sumário dos interditos da época clássica, em que eram suprimidas formalidades do processo comum, para atender a casos de urgência. Isso ocorreu em vários países a partir do século XIII, como Itália, Espanha, França e Alemanha¹⁸⁰.

O enfoque cronológico do instituto revela, ademais, que na França, precisamente em 1667 – com a *Ordonnance* de Luís XIV – e, após, em 1807 – com o *Code de Procédure Civile* –, houve verdadeira abreviação dos procedimentos. O sistema francês, que influenciou todo o Direito continental europeu na primeira metade do século XIX, aboliu as formalidades do processo romano-canônico e caracterizou-se pela simplicidade, oralidade, publicidade e ampla dispositividade¹⁸¹.

Já no Brasil, com a proclamação da Independência, em 1822, e a promulgação do Código de Processo Criminal, em 1832 – que também disciplinava a matéria procedimental cível, conjuntamente com as Ordenações Filipinas –, incorporaram-se traços das técnicas liminares em sede de manutenção e reintegração de posse. Por sua

¹⁷⁸ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 159-160.

¹⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 161.

¹⁸⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 31.

¹⁸¹ CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, p. 30.

vez, o Regulamento nº 737, editado no ano de 1850, trouxe disposições atinentes ao processo civil, dentre as quais se encontravam os processos preparatórios, preventivos e incidentes (artigos 321 a 342)¹⁸².

A observação de José Carlos Barbosa Moreira sobre o aspecto histórico ora reportado é pertinente:

Exceto nos casos do *habeas corpus*, do mandado de segurança e da ação popular preventivas, o direito brasileiro conhecia para o litígio entre particulares apenas os interditos proibitórios e a nunciação de obra nova. Assim, ressalvadas as hipóteses de tutelas de liberdades constitucionais, a tutela preventiva no âmbito civil nacional resumia-se à defesa da posse em juízo¹⁸³.

Depois de diversas modificações legislativas e constitucionais, foram, paulatinamente, sendo introduzidas, no ordenamento jurídico pátrio, técnicas processuais afeitas às tutelas provisórias, como o Decreto nº 3.084, de 05 de novembro de 1898, o qual disciplinou, além do embargo, as medidas de arresto e sequestro¹⁸⁴.

Sobreveio, então, o Código de Processo Civil de 1939, que previu, em seu artigo 675, o chamado “poder geral de cautela”. O artigo 676, também atento às necessidades da época, dispôs acerca do arresto, do sequestro, da busca e apreensão e das demais modalidades de tutela cautelar.

Consigne-se que, no Código de Processo Civil de 1939, o poder geral de cautela não possibilitava aos titulares de direitos ameaçados de lesão buscar previamente a tutela cautelar para assegurá-los, uma vez que os três incisos que compunham o *caput* do artigo 675 faziam referência expressa à pendência de outra demanda¹⁸⁵.

Dá ser possível afirmar que o poder geral de cautela desenhado pelo Código de Processo Civil de 1939 era bastante limitado do ponto de vista pragmático.

¹⁸² CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, pp. 30-31.

¹⁸³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. In: **Temas de Direito Processual**. Segunda Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 26.

¹⁸⁴ CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, p. 31.

¹⁸⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil de 1939, Art. 675, [n.p.]: “Além dos casos em que a lei expressamente o autoriza, o juiz poderá determinar providências para acautelar o interesse das partes:

I – quando do estado de fato da lide surgiram fundados receios de rixa ou violência entre os litigantes;
II – quando, antes da decisão, for provável a ocorrência de atos capazes de causar lesões, de difícil e incerta reparação, no direito de uma das partes;
III – quando, no processo, a uma das partes fôr impossível produzir prova, por não se achar na posse de determinada coisa” (*sic*).

O Código de Processo Civil de 1973 procedeu a importantes e fundamentais alterações na sistematização do processo cautelar e na concepção do poder geral de cautela. Este, previsto no artigo 798 do supracitado *Codex*, retirou as condições impostas pela legislação antecedente.

Humberto Theodoro Júnior, fazendo alusão justamente ao artigo 798 do Código de Processo Civil de 1973 e à sistematização do processo cautelar, obtempera que:

Com esse dispositivo o novo Código realçou a existência de um poder geral de cautela conferido ao juiz, poder esse que já se admitia implicitamente no artigo 675 do Código revogado, mas que a jurisprudência relutava em admitir em toda sua extensão.

Aproximando-nos, portanto, das grandes codificações européias, adotando ostensivamente remédio processual similar ao *einstweilige Verfügung* do direito austríaco e do alemão, do *contempt of Court* dos ingleses, e dos *provvedimenti d'urgenza* dos italianos.

Os termos em que o novo Código colocou o problema da tutela cautelar genérica ou inominada, são, sem dúvida, muito mais adequados do que aqueles usados pelo legislador de 1939. Revelam, a toda evidência, que a enumeração das medidas arroladas no capítulo II sob a epígrafe de “procedimentos cautelares específicos” é meramente exemplificativa.

Poderá surgir, a qualquer momento, a necessidade de a parte solicitar do juiz providências acautelatórias, assecuratórias, não especificamente mencionadas neste livro. E o juiz poderá deferi-las, tendo em vista, evidentemente, a situação do caso, aplicando o seu poder cautelar geral¹⁸⁶.

Foi somente em 1994, porém, com a alteração promovida pela Lei nº 8.952, que o artigo 273 do diploma processual instituiu a tutela antecipada e discriminou os requisitos para sua concessão^{187 188}.

Urge ressaltar, nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, que:

Não obstante a rebelião da prática em relação à inefetividade do processo civil, antes da instituição da tutela antecipada (em 1994) no Código de Processo Civil

¹⁸⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 15. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1994, p. 99.

¹⁸⁷ Para Ovídio Araújo Baptista da Silva, a técnica da tutela antecipada – tal como instituída pelo artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 – também se assemelha ao antigo processo do tipo interdital romano, em que o pretor adiantava a execução ou o mandamento no próprio processo cognitivo, independentemente de processo autônomo. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. In: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de (Coord.) **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 136.

¹⁸⁸ Na linha de José Roberto dos Santos Bedaque: “A tutela antecipada, regulada pelo art. 273 do Código de Processo Civil de 1973, com a nova redação dada pela Lei 8.952, de 13.12.94, guarda certa semelhança com os interditos romanos, pois torna possível a satisfação do direito do autor logo no início do processo. Também a verossimilhança e o perigo de dano constituem elementos comuns a ambas”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 33.

de 1973 havia grande resistência dos tribunais e da doutrina à admissão de tutela satisfativa do direito mediante o emprego da técnica cautelar¹⁸⁹.

Anote-se, outrossim, a consideração de Humberto Theodoro Júnior:

Por outro lado, como bem adverte Lopes da Costa, a medida cautelar não deve transpor os limites que definem a sua natureza provisória. Seu fito é apenas garantir a utilidade e eficácia da futura prestação jurisdicional satisfativa. Não pode, nem deve, a medida cautelar antecipar a decisão sobre o direito material, pois não é de sua natureza autorizar uma espécie de execução provisória¹⁹⁰.

Embora a técnica cautelar tenha sido utilizada para permitir o alcance da tutela satisfativa sob cognição sumária – ou da tutela antecipada –, importa ter claro que tal expediente era controverso no âmbito doutrinário e jurisprudencial, ainda que tal modo de proceder fosse indispensável à realização do direito fundamental de ação.

Bem por isso, a necessidade de tutela antecipada para a efetiva tutela dos direitos levou o legislador a inserir nova norma (artigo 273) no Código de Processo Civil de 1973¹⁹¹. Abriu-se, então, oportunidade para o requerimento de tutela antecipada em caso de perigo de dano¹⁹² diante de qualquer espécie de situação material litigiosa.

Em 2002, através da Lei nº 10.444, o próprio artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 sofreu inserções. O então novel parágrafo 6º franqueou a antecipação dos efeitos da tutela quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrava-se incontroverso. Já o correlato parágrafo 7º previu a possibilidade de fungibilidade entre as tutelas antecipada e cautelar.

Por fim, a Lei nº 13.105/2015 instaurou o Código de Processo Civil vigente, o qual promoveu alterações significativas na sistemática das tutelas provisórias.

Feitas tais ponderações, é mister invocar o conceito de tutela provisória, tal como delimitado por Anselmo Prieto Alvarez:

No Brasil, a tutela provisória pode ser conceituada como a categoria de prestação jurisdicional concedida pelo Estado-Juiz ao lesado, por urgência ou evidência, antes da conclusão do devido processo legal, de caráter conservatório ou antecipativo, dada a situação de verossimilhança da controvérsia em favor do

¹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 61.

¹⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Leud, 1976, p. 108.

¹⁹¹ A Lei nº 8.952/1994 também disciplinou a tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, tendo assegurado, ao menos, o resultado prático equivalente ao adimplemento – nos mesmos moldes da legislação consumerista de 1990.

¹⁹² Assim como nas hipóteses de abuso de defesa e parte incontroversa da demanda (artigo 273, inciso II e parágrafo 6º, do CPC/73).

prejudicado. Caso se aguarde a concessão definitiva da tutela jurisdicional, corre-se o risco de inviabilizar a obtenção do bem da vida determinado na coisa julgada em favor do ganhador, ou ocorrer prejuízo para o desfecho do processo propriamente dito, afetando, em quaisquer hipóteses, o resultado útil da tutela definitiva¹⁹³.

A seguir, passa-se ao exame da estruturação das tutelas provisórias sob a égide do diploma processual vigente.

4.2. A sistematização da tutela provisória na lei processual vigente

Uníssono ao quanto já tangenciado alhures, tem-se que a tutela jurisdicional visa outorgar as consequências, os frutos e os efeitos da jurisdição à parte que demonstrou possuir razão, como reconhecimento de seu direito e resultante da cognição desenvolvida pelo magistrado.

É a partir dessa premissa que assim fundamenta Flávio Luiz Yarshell:

A locução tutela jurisdicional se presta a designar o resultado da atividade jurisdicional – assim considerados os efeitos substanciais (jurídicos e práticos) que o provimento final projeta ou produz sobre dada relação material – em favor do vencedor. Nessa medida, é inegável que a locução tutela jurisdicional designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão (e assim exclusivamente), isto é, em favor de quem está respaldado no plano material do ordenamento¹⁹⁴.

A tutela jurisdicional, de acordo com o momento em que é prestada, pode ser classificada em final – quando ocorre em caráter definitivo e baseada em cognição exauriente – ou provisória – quando pautada em cognição sumária e passível de modificação.

Segundo adverte Anselmo Prieto Alvarez:

A tutela provisória deve ser considerada como toda espécie de manifestação judicial antes da resolução definitiva do conflito de interesses, que tenha como objetivo conceder prestação jurisdicional ao litigante, suscetível de gerar efeitos imediatos, ou de ser, de plano, executada ou cumprida. Visa a preservação do resultado útil do processo ou a fruição total ou parcial da pretensão meritória buscada pela parte, com vistas a contemplar situação jurídica conflituosa, aparentemente, favorável àquele que se apresenta como lesado, afastando,

¹⁹³ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 309.

¹⁹⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998, p. 28.

assim, a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação que possa, eventualmente, acometê-lo¹⁹⁵.

O Código de Processo Civil vigente adotou a nomenclatura “tutela provisória”¹⁹⁶ para se referir ao gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela da evidência. Tal conclusão decorre da própria literalidade do *caput* do artigo 294¹⁹⁷.

Arlete Inês Aurelli comenta sobre esse tópico que:

Com certeza pode-se afirmar que o tema das tutelas provisórias é um dos que mais sofreu alterações, debates e discussões, ao longo da tramitação do projeto do CPC.

Tanto é assim que o título do Livro em que inseridas as tutelas de urgência foi modificado muitas vezes para finalmente optar-se por tutelas provisórias. De fato, as disposições variaram desde conter um regime único para tutelas antecipada e cautelar, passando pela distinção entre tutelas de urgência cautelar e satisfativa, bem como de evidência, até restarem contidas no Livro V, primeiro com título “tutela antecipada” e finalmente, na redação final, como “tutela provisória”.

Enfim, na redação final, optou-se por subdividir a tutela provisória, conforme o art. 294, em tutela de urgência e de evidência¹⁹⁸.

Ambas, conquanto provisórias – por estarem sujeitas a modificação após o aprofundamento da cognição – não se confundem. Com efeito, a tutela de urgência está precipuamente voltada a afastar o *periculum in mora*, servindo, pois, para evitar um prejuízo grave ou irreparável enquanto perdura o processo (agravamento do dano ou a frustração integral da provável decisão favorável). Já a tutela da evidência baseia-se tão somente no alto grau de probabilidade do direito invocado, com a concessão, desde já, daquilo que, muito provavelmente, virá a final¹⁹⁹.

¹⁹⁵ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 307-308.

¹⁹⁶ Anselmo Prieto Alvarez comenta sobre a nomenclatura do instituto que: “A terminologia a ser utilizada para descrever o fenômeno em análise sofre variações dependendo do sistema jurídico que a adota – por exemplo, no Brasil, com o NCPC de 2015, assim como no âmbito da EU (União Europeia), a expressão usada é ‘tutela provisória’; por outro lado, o NCPC português de 2013 faz uso da terminologia ‘cautelares’. A doutrina, também, traz expressões variadas para designar a hipótese em comento, a saber: tutela de urgência; tutela de evidência; providência cautelar; medida de segurança; medida de precaução; medida de garantia; ações preventivas; medidas cautelares etc.” ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 308.

¹⁹⁷ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 294, [n.p.]: “A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental”.

¹⁹⁸ AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 54.

¹⁹⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 97.

O parágrafo único do artigo 294 do Código de Processo Civil trata tão somente da tutela de urgência, apresentando sua subdivisão em cautelar e antecipada para, depois, traçar-lhes a mesma regra geral quanto ao seu procedimento: ambas podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental.

Essa distinção considera o momento em que o pedido de tutela provisória de urgência é formulado, comparando-o com o momento em que se formula o pedido de tutela definitiva. Assim, segundo Cassio Scarpinella Bueno:

A distinção entre antecedente e incidente leva em conta o momento em que requerida a tutela provisória, se antes ou durante o processo. Será antecedente a tutela provisória fundamentada em urgência requerida antes do processo. Os arts. 303 e 304 (tratando-a como “tutela antecipada”) e 305 a 310 (tratando-a como “tutela cautelar”) ocupam-se especificamente com estes casos. Será incidente a tutela provisória requerida ao longo do processo, desde a sua petição inicial, cuja disciplina está, menos clara, nas Disposições Gerais e no Título II²⁰⁰.

Para Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A tutela provisória antecedente foi concebida para aqueles casos em que a situação de urgência já é presente no momento da propositura da ação e, em razão disso, a parte não dispõe de tempo hábil para levantar os elementos necessários para formular o pedido de tutela definitiva (e respectiva causa de pedir) de modo completo e acabado, reservando-se a fazê-lo posteriormente²⁰¹.

Ainda sobre a tutela provisória antecedente, Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira invocam a existência da tutela “superantecipada”:

A tutela que batizamos *superantecipada*, apta a atender parte dos casos onde há urgência na obtenção da tutela sob pena de perecimento do direito invocado, está prevista nos arts. 303 e 304 do CPC, que disciplinam a chamada tutela antecipada requerida em caráter antecedente, ou, simplesmente, tutela antecipada. Juntamente com a tutela antecipada cautelar, prevista nos arts. 305 a 310 do CPC, ela compõe as espécies cujo gênero é denominado tutelas de urgência.

Trata-se de uma nova via procedimental onde se privilegia a rapidez em detrimento da segurança jurídica, razão pela qual o *iter* do procedimento acaba por ser abreviado e por dispensar formalidades que são essenciais num procedimento pleno e de trâmite dilatado, onde uma eventual desconformidade com o Modelo Constitucional do Direito Processual Civil acabaria por dar ensejo à inconstitucionalidade do rito, em especial pelo desrespeito aos Princípios

²⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 248.

²⁰¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 586.

Constitucionais do Contraditório, da Inafastabilidade do Direito de Ação e da Ampla Defesa²⁰².

Já a tutela provisória incidental é aquela requerida dentro do processo em que se pede ou já se pediu a tutela definitiva, no intuito de adiantar seus efeitos (satisfação ou acautelamento, independentemente do pagamento de custas (artigo 295 do Código de Processo Civil). É requerimento contemporâneo ou posterior à formulação do pedido de tutela definitiva: o interessado ingressa com a demanda pleiteando, desde o início, tutelas provisória e definitiva ou ingressa com a demanda pleiteando apenas a tutela definitiva e, no seu curso, requer a tutela provisória.

Nos dizeres de Anselmo Prieto Alvarez:

Em caráter incidental, a tutela provisória pode ser formulada a qualquer momento pela parte prejudicada, desde que não tenha ocorrido, ainda, a concessão de prestação jurisdicional definitiva. Na grande maioria das vezes, o cenário caracterizador de tutela de urgência ou evidência já está consolidado no momento de acesso à Justiça por parte do prejudicado para ajuizamento da ação de conhecimento ou executiva, o que, como regra, leva a formulação do pleito provisório, no corpo da petição inicial, dando margem à concessão liminar da tutela em debate²⁰³.

Nesse caso, o requerimento pode ser formulado: a) na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou de manifestação do Ministério Público); b) em petição simples; c) oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzido a termo; d) ou no bojo da petição recursal.

Feitas tais considerações, repita-se que a tutela cautelar e a tutela antecipada, como expressamente reconhecido pelo Código de Processo Civil, são espécies do mesmo gênero (tutela de urgência). Ambas estão caracterizadas por uma cognição sumária, são revogáveis e provisórias e estão precipuamente vocacionadas a neutralizar os males do tempo no processo judicial, mesmo que por meio de técnicas distintas: uma preservando (cautelar) e outra satisfazendo (antecipada)²⁰⁴.

²⁰² OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). *op. cit.*, p. 360.

²⁰³ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 326.

²⁰⁴ Repise-se, nos dizeres de Anselmo Prieto Alvarez, que: “A tutela antecipada de urgência tem cabimento quando houver necessidade de pronta resposta do Poder Judiciário relativamente ao pedido de mérito formulado, face à situação de lesão ou ameaça sofrida pelo prejudicado que promoveu o acesso à Justiça.

Justamente por isso é comum se dizer que na tutela cautelar protege-se para satisfazer, enquanto na tutela antecipada satisfaz-se para proteger²⁰⁵. O legislador, ao tratar das tutelas provisórias de urgência, utiliza a expressão “realizar o direito” para a técnica antecipatória e “acautelar” para a tutela cautelar²⁰⁶.

De qualquer forma, dada a similitude existente entre as duas espécies de tutelas provisórias de urgência – as de caráter meramente conservativo (cautelar) e as que possuem conteúdo satisfativo (antecipação de tutela) –, era imperioso que recebessem o mesmo tratamento jurídico²⁰⁷. O Código de Processo Civil vigente, em certa medida, reconheceu a afinidade entre os institutos, mas, infelizmente, pecou ao traçar procedimentos distintos para a tutela antecipada antecedente (artigo 303 e 304) e a cautelar antecedente (artigos 305 a 310).

Essa, aliás, é a avaliação de Anselmo Prieto Alvarez:

Ocorre que, não obstante o NCPC de 2015 mencione a tutela antecipada e a tutela cautelar como espécies de tutela provisória, em nenhum momento o novo Codex preocupa-se em conceituar e distinguir uma da outra, muito embora tal distinção seja essencial, pois o jurisdicionado, ao fazer uso da tutela de urgência antecedente, deve utilizar um determinado instrumento quando for buscar tutela antecipada (arts. 303 e 304) ou manejar outro, totalmente distinto, caso seja cautelar (arts. 305 a 310)²⁰⁸.

Logo, é precipitada a conclusão de que o legislador adotou um regime jurídico único para as tutelas de urgência. A crítica também é feita por Arlete Inês Aurelli:

No texto definitivo do CPC, houve uma reorganização, uma sistematização, que nos parece adequada porque trata, em primeiro lugar, de diferenciar as tutelas provisórias em urgência e evidência (art. 294) e depois, as tutelas de urgência entre antecipadas e cautelares. No entanto, no lugar de tratar de ambas as tutelas de urgência, em regime único, como parecia ser a ideia inicial do anteprojeto, na versão definitiva, o legislador preferiu tratá-las em capítulos

Nesse caso, não se pode aguardar o transcurso normal do processo até que ocorra o fornecimento da prestação jurisdicional definitiva, sob pena de perecimento do direito litigioso”. ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 312.

²⁰⁵ Eduardo Arruda Alvim, ao referir-se às tutelas cautelar e antecipada, afirmou que: “Ambas possuem um ‘quê’ de cautelaridade, tendo por finalidade precípua garantir uma prestação jurisdicional útil, impedindo que o tempo de duração do processo venha a comprometer a efetividade da atuação jurisdicional”. ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 65.

²⁰⁶ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 59.

²⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, pp. 300-301.

²⁰⁸ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 311.

próprios, deixando o Capítulo II para a tutela antecipada e o Capítulo III para a tutela cautelar, com procedimentos diversos²⁰⁹.

À tutela da evidência – que, por constituir o cerne deste estudo, será melhor abordada a seguir –, o Código de Processo Civil reservou, expressamente, o artigo 311²¹⁰.

Para fins de sistematização²¹¹ – objeto do tópico vertente –, é relevante ter em mente que a tutela da evidência ganhou importância sob a atual legislação processual. O Código de Processo Civil de 1973 tratava a matéria de forma desconexa em alguns dispositivos esparsos, como, por exemplo, a hipótese de tutela antecipada fundada no direito de defesa (artigo 273, inciso II), a liminar na ação de depósito, a liminar nas ações possessórias etc.

O Código de Processo Civil vigente consolida em um único dispositivo legal quatro hipóteses, das quais duas delas (as dos incisos II e IV) não estavam previstas no *Codex* revogado. Frise-se que continuam existindo outras hipóteses de tutela da evidência além daquelas previstas no artigo 311²¹².

Ainda assim, é inequívoco que o propalado dispositivo legal traz uma espécie de regra geral da tutela provisória da evidência e o faz de forma bem mais ampla do que o Código de Processo Civil de 1973. Como exprime Arlete Inês Aurelli:

O CPC contém título próprio (III) para tratar da tutela da evidência. De fato, enquanto no CPC revogado a tutela da evidência era apenas uma espécie da

²⁰⁹ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, pp. 54-55.

²¹⁰ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 311, [n.p.]: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

²¹¹ A falta de sistematização das tutelas provisórias no CPC/73 comprometia a efetividade, segundo Anselmo Prieto Alvarez: “O grande problema de efetivação das tutelas provisórias no CPC de 1973 é a forma confusa com que elas são tratadas, o que acaba dificultando o seu manejo por parte daquele que pretende exercer seu direito de acesso à Justiça, além de confundir aquele que dela necessita quanto à correta opção por determinada espécie” ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 309.

²¹² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 194.

tutela antecipada, no CPC atual a tutela da evidência é tratada como uma espécie de tutela provisória²¹³.

A tutela provisória da evidência (sempre antecipada, com nítido caráter satisfativo) pressupõe a demonstração de que as afirmações de fato estejam comprovadas, tornando o direito evidente, o que se presume nas hipóteses do artigo 311 do Código de Processo Civil – examinado mais à frente.

A urgência pode servir de fundamento à concessão da tutela provisória cautelar ou antecipada (artigos 294, parágrafo único, e 300 do Código de Processo Civil). A evidência, contudo, somente autoriza a tutela provisória antecipada. Essa assertiva é esquematizada por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Assim, para pedir uma tutela provisória satisfativa, é preciso alegar e demonstrar urgência (art. 300, CPC) ou evidência (art. 311, CPC) – ou ambas, obviamente; mas a tutela provisória cautelar somente pode ser pleiteada em situações de urgência. Isso se dá porque a urgência é inerente à tutela cautelar. Se, ao pleitear a tutela provisória cautelar, além de urgência, estiver configurada uma das hipóteses descritas nos incisos do art. 311 (tutela de evidência), tanto melhor para o requerente. O importante é que (i) não se pode pleitear tutela provisória cautelar com fundamento apenas no art. 311 do CPC, (ii) nem se pode exigir do requerente, em casos tais, que ele demonstre, além da urgência, a evidência do direito à cautela, isto é uma das hipóteses do art. 311 do CPC²¹⁴.

Em outras palavras, a técnica antecipatória permite que se dê tratamento diferenciado aos direitos que correm risco de lesão e aos direitos evidentes. O perigo de dano é um dos fundamentos da tutela antecipada. Porém, consoante ressalva Luiz Guilherme Marinoni:

O legislador chamou outra forma de tutela antecipada de “tutela da evidência” (art. 311, CPC). Ou seja, qualificou a tutela antecipada fundada em “direito evidente” de “tutela da evidência”. O processo linguístico suprimiu a palavra “antecipada”, que indica que se trata de tutela do direito prestada mediante cognição sumária, para usar o qualificativo “da evidência”, que indica apenas um dos fundamentos para se ter tutela antecipada.

Em substância, a tutela “da evidência” também é a tutela pretendida mediante o exercício da ação; é a tutela final prestada mediante probabilidade ou na forma antecipada. A diferença é a de que, tratando-se de tutela da evidência, a tutela final antecipada é concedida com base na prova dos fatos constitutivos e na inconsistência da defesa que reclama produção de prova. A tutela da evidência, assim, permite a distribuição do ônus do tempo do processo de acordo com a evidência do direito do autor e com a fragilidade da defesa do réu, afastando-se da tutela antecipada baseada em perigo de dano em razão do seu diferente fundamento e diversa finalidade. Enquanto a tutela antecipada propriamente dita

²¹³ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 56.

²¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 584.

tem como fundamento a urgência e como objetivo a imediata tutela do direito para evitar dano, a tutela da evidência tem como fundamento a evidência do direito e a inconsistência da defesa e como fim a inversão do ônus do tempo do processo²¹⁵.

Vale dizer, o direito reputado evidente deve ser realizado de forma antecipada e satisfativa, independentemente da demonstração de urgência²¹⁶.

4.3. Notas distintivas entre a tutela cautelar e a tutela antecipada

Antes da análise detida do regime da tutela provisória da evidência – esta naturalmente satisfativa –, convém estabelecer a devida diferenciação entre as subespécies de tutela provisória de urgência: a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Embora seja inegável o intuito do legislador em promover a aproximação pragmática dos dois institutos – como, aliás, restará demonstrado –, o Código de Processo Civil vigente manteve, em relação à tutela cautelar e à tutela antecipada, a separação conceitual e procedimental²¹⁷.

Invoca-se, a respeito do tema, a lição de Arlete Inês Aurelli:

A tutela antecipada não se confunde com a tutela cautelar, porque a tutela antecipatória não se limita a assegurar o resultado útil e eficaz do processo, nem garantir a satisfação do direito, mas sim conceder o próprio pedido formulado. Já a tutela cautelar se refere à proteção ao processo, garantindo-se um resultado útil²¹⁸.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, pp. 39-40.

²¹⁶ O assunto será abordado com profundidade na sequência deste trabalho. Desde já, entretanto, é fundamental ter em mente a lição de Anselmo Prieto Alvarez: “Na tutela de evidência, a pessoa que promoveu o acesso à Justiça obterá parte ou a íntegra do pedido meritório ou, ainda, seus respectivos efeitos. Como se lastreia na manifesta pertinência da pretensão posta em juízo, dispensa para sua concessão a demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, pois este fica presumido pela irrefutabilidade do pleito trazido à apreciação do Poder Judiciário, na medida em que, nessa hipótese, quanto mais tempo demorar para o desfecho da prestação jurisdicional definitiva, maior será o ônus temporal para o prejudicado, mesmo sendo titular de direito evidente”. ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 316.

²¹⁷ A diferenciação procedimental se dá quando o respectivo requerimento é elaborado em caráter antecedente.

²¹⁸ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 59.

Com efeito, a necessidade da tutela cautelar está ligada a uma normal disfunção do processo, incapaz de dar solução imediata aos problemas de direito material²¹⁹. Essa é a conclusão de Luiz Fux:

A necessidade de garantir a utilidade prática das tutelas antecedentes de cognição e execução levou o legislador a conceber um *tertium genus* de prestação jurisdicional, consistente num provimento servil às demais manifestações judiciais, capaz de resguardar as condições de fato e de direito para que a justiça se preste com efetividade.

Observou o legislador de todos os tempos que o próprio processo de “amadurecimento” da decisão após a manifestação das partes impunha um lapso de tempo, por vezes prejudicial ao objeto do juízo, que exatamente por isso, ficava sujeito a mutações prejudiciais ao julgamento, quer por força de atos maléficos perpetrados por uma parte contra o direito da outra antes do julgamento, quer em função da própria natureza das coisas²²⁰.

A tutela cautelar destina-se a assegurar a eficácia (prática) do processo de conhecimento ou de execução, não concedendo, portanto, o próprio bem da vida almejado. Em rigor, este será entregue quando reconhecido judicialmente o cabimento da respectiva pretensão, cuja viabilidade foi justamente protegida ou acautelada²²¹.

De forma pragmática, Anselmo Prieto Alvarez assim descreve:

Por exemplo, caso se ajuíze um processo buscando o pagamento de um crédito e, durante a pendência dessa demanda, o devedor vende ou transfere seus bens e direitos a terceiros, do que servirá a eventual sentença que o credor possa obter a seu favor? Seria totalmente imprestável para execução, pois o devedor estaria sem bens que pudessem ser transformados em dinheiro. Por outro lado, se iniciado o processo ou, antes de iniciá-lo, o credor requer como medida cautelar um arresto de bens do devedor, tais bens arrestados quando da execução poderão ser convertidos em dinheiro, por meio de alienação judicial²²².

Ao cabo, a medida cautelar tem o fito de garantir a satisfação do direito discutido no processo dito principal, mas não antecipa o bem da vida nem a decisão sobre a controvérsia.

O próprio artigo 301 do Código de Processo Civil de 2015 demonstra que a tutela cautelar se destina à efetividade da tutela satisfativa do direito material. Por essa razão, é caracterizada pela instrumentalidade e pela referibilidade. Trata-se, pois, de instrumento da tutela satisfativa, na medida em que objetiva assegurar a sua

²¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 119.

²²⁰ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 19.

²²¹ FERREIRA, William Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. *In: Revista de Processo*, n. 188, p. 13.

²²² ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 313.

frutuosidade. Além disso, a tutela cautelar sempre se refere a uma tutela satisfativa do direito perseguido.

É inescapável notar que o mencionado dispositivo legal fala expressamente em “asseguração do direito”. Enfatize-se: o artigo 301 exemplifica hipóteses de tutela cautelar, deixando claro que estas devem ser idôneas para a “asseguração do direito”. Ademais, reporta-se ao arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra alienação de bens – medidas indiscutivelmente voltadas a garantir o alcance da tutela efetiva do direito²²³.

Luiz Guilherme Marinoni é assertivo sobre o ponto:

Como se vê, o Código de Processo Civil delineou a tutela cautelar diante da tutela antecipada. Portanto, o artigo 301 é norma de enorme importância dentro do cenário da tutela provisória, na medida em que define questão que há muito atormenta a doutrina e os tribunais. Agora não há mais dúvida que tutela cautelar não tem o mesmo significado de tutela antecipada. Segundo a própria lei processual, a tutela cautelar não realiza ou satisfaz o direito por antecipação; a sua função é assegurar o direito ou a tutela efetiva do direito material²²⁴.

Por sua parte, a tutela antecipada é satisfativa do direito material, permitindo a sua realização – e não a sua segurança – mediante cognição sumária. Na verdade, a tutela antecipada tem o mesmo substrato da tutela final, com a diferença de que é lastreada em verossimilhança e, por isso, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada. Em suma, a tutela antecipada é a tutela final, precipitada com base em cognição sumária²²⁵.

De tal modo, a tutela antecipada satisfaz o autor, conferindo-lhe o que pretendeu ao ajuizar a ação. Ou seja, em termos práticos, o autor não clama por outra tutela senão aquela obtida em caráter antecipado, diversamente do que sucede quando pleiteia tutela cautelar – sempre predestinada a assegurar uma situação dependente da tutela final ou

²²³ Anselmo Prieto Alvarez, em atenção ao artigo 301 do Código de Processo Civil, diz que: “Por outro lado, a tutela de urgência de natureza cautelar poderá ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bens ou qualquer outra medida idônea e proporcional que assegure o resultado útil do processo, como mecanismos de busca da efetividade da prestação jurisdicional, de modo a torná-la adequada. Interessante que o NCPC de 2015 não considera mais a produção antecipada de provas como uma medida cautelar típica, mas a classifica, agora, como um incidente probatório de procedimento próprio, conforme determinam os arts. 381 a 383 do NCPC de 2015, embora persista o seu caráter nitidamente cautelar”. ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 324.

²²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 66.

²²⁵ *Idem, ibidem*, p. 66.

a própria efetividade da tutela jurisdicional do direito. A tutela antecipada também não aponta para uma situação substancial diversa daquela tutelada, ao contrário da tutela cautelar, que necessariamente faz referência a uma situação tutelável ou a uma outra tutela do direito material.

Na prática, de acordo com Anselmo Prieto Alvarez:

O Juiz, quando concede a antecipação de tutela, nada mais faz do que se debruçar no todo ou em parte sobre a mesma pretensão que seria objeto da sentença definitiva, de modo que a concessão da tutela antecipada não passa de uma forma de minimizar os efeitos do tempo na demanda, invertendo os ônus temporais do processo, que, como regra, seriam do Autor²²⁶.

Nessa diretriz, focalize-se que a tutela antecipada não é instrumento de outra tutela nem faz referência a outra tutela.

Como asseveram Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não era tutela cautelar, porque não se limitava a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tinha por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou os seus efeitos. Ainda que fundada na urgência, não tinha natureza cautelar, pois sua finalidade precípua era adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confundia com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor)²²⁷.

A distinção ora estabelecida também pode ser examinada em relação ao processo e ao sujeito: quando o dano é voltado ao processo, o remédio é a tutela cautelar; quando o dano é voltado ao sujeito, o remédio é a tutela antecipada²²⁸²²⁹.

A lição de William Santos Ferreira sobre o tema é igualmente pertinente:

Na tutela antecipada não se antecipada o provimento judicial em si (que definirá a relação jurídica), nem apenas se assegura o resultado. O que se verifica é a antecipação dos efeitos do provimento definitivo, o que é a representação do

²²⁶ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 312.

²²⁷ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 20. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 799.

²²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 67-68.

²²⁹ Luiz Guilherme Marinoni, contudo, discorda de tal posicionamento: “Porém, ainda que se tenha falado em tutela cautelar em favor do processo ou da jurisdição, hoje é indiscutível que a tutela cautelar protege o direito daquele que pode ser prejudicado pela demora do processo. Não fosse assim, estar-se-ia diante de inexplicável e irracional prevalência da função pública do processo em detrimento da função de tutela dos direitos, típica ao Estado constitucional”. MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 37.

bem da vida almejado pelo autor. É a tutela satisfativa no plano dos fatos, já que realiza o direito²³⁰.

A título ilustrativo, basta lembrar que o autor, na exordial, formula duas espécies de pedido: imediato e mediato. O primeiro representa o tipo de providência jurisdicional que será proporcionada pelo juiz, enquanto o segundo representa o próprio bem da vida almejado. Na tutela antecipada, apenas este – o pedido mediato – é entregue pelo juiz.

Em síntese, os traços distintivos expostos denotam para Arlete Inês Aurelli, referindo-se ao magistério de Ovídio Araújo Baptista da Silva, que:

Portanto, tem-se que nas medidas cautelares existe, no dizer de Ovídio Baptista da Silva, segurança-da-execução e na antecipação de tutela existe execução-para-segurança²³¹.

Daí remanescer perante a lei processual vigente a importância da diferenciação entre a tutela cautelar e a tutela antecipada, conforme adverte Humberto Theodoro Júnior:

Continua, porém, relevante a distinção entre tutela cautelar (conservativa) e tutela antecipatória (satisfativa), porque (i) a medida cautelar tem a sua subsistência sempre dependente do procedimento que, afinal, deverá compor o litígio que se pode dizer “principal”, ou “de mérito”; enquanto (ii) a tutela antecipada pode, por conveniência das partes, estabilizar-se, dispensando o prosseguimento do procedimento para alcançar a sentença final de mérito, e, portanto, sem chegar à formação da coisa julgada²³².

Em contrapartida, é indubitável que, tanto a tutela cautelar, como a tutela antecipada possuem como finalidade evitar que o decurso do tempo e a morosidade venham a corroer o pretensão direito da parte. Para tanto, atuam assegurando o resultado útil e eficaz do processo ou possibilitando a própria fruição do bem da vida.

A valia das tutelas provisórias é exaltada por Anselmo Prieto Alvarez:

As tutelas provisórias são espécie de concessão de jurisdição que visa dar efetividade à tutela definitiva. Ora, a preocupação da tutela provisória, portanto, é de assegurar que a tutela principal que se persegue durante o transcorrer do processo não caia no vazio, antes de se culminar na prolação da sentença definitiva. Dessa forma, é possível afirmar que a tutela provisória é tão ou mais importante do que a tutela definitiva, pois, sem ela, o direito à prestação jurisdicional seria totalmente ilusório ou irreal, que sequer valeria a pena dar

²³⁰ FERREIRA, William Santos. *op. cit.*, n. 188, p. 13.

²³¹ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 61.

²³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, v. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 631.

início ao processo de conhecimento ou de execução, já que não seria efetivo para dar uma resposta ao direito violado, objeto do acesso à Justiça por parte do lesado ou ameaçado²³³.

Nesse mesmo sentido, explana Cândido de Rangel Dinamarco que:

É inegável, todavia, que tanto as cautelares quanto as antecipatórias que tanto as cautelares quanto as antecipatórias convergem ao objetivo de evitar que o tempo corra direitos a acabe por lesar alguma pessoa: mesmo sem oferecer diretamente ao litigante a fruição do bem ou de algum benefício que essa fruição poderia trazer-lhe, a tutela cautelar evita que o processo se encaminhe para um resultado desfavorável, como aconteceria se a testemunha viesse a faltar ou o bem penhorável a ser destruído²³⁴.

É justamente por terem, em última análise, a mesma finalidade que a tutela cautelar e a tutela antecipada compartilham dos mesmos requisitos – como a seguir ficará demonstrado.

4.4. Requisitos para a obtenção da tutela provisória de urgência

Em que pese o acima esposado, no preciso sentido de diferenciar as subespécies de tutela provisória de urgência, é inequívoco que a tutela cautelar e a tutela antecipada detêm a mesma função precípua em relação à realização do direito material²³⁵. Daí ser indispensável a existência de instrumentos processuais capazes de assegurar ao possível titular do direito a proteção efetiva deste, afastando os riscos causados até mesmo pela duração fisiológica do processo²³⁶.

A concessão tanto da tutela cautelar como da tutela antecipada pressupõe, genérica e conjuntamente, a demonstração da probabilidade do direito (consagrada na

²³³ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 308-309.

²³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. Regime jurídico das medidas urgentes. In: **Revista Jurídica**, v. 49, n. 286. Porto Alegre, 2001b, p. 15.

²³⁵ Vale enfatizar, na esteira do escólio de Anselmo Prieto Alvarez, que: “As tutelas provisórias de urgência têm justificativa, pois a satisfação imediata de uma pretensão de conhecimento ou execução por parte do Poder Judiciário é materialmente impossível, face a necessidade de observância do devido processo legal, com os atributos do contraditório e ampla defesa. Assim, o ordenamento jurídico, prevendo que haverá situações concretas de litígio que não poderão aguardar o lapso temporal entre a propositura da ação e a edição da tutela definitiva de mérito, o que ocorre, por exemplo com a dilapidação do patrimônio por parte do devedor, em contrapartida com o direito do credor de receber seu crédito, idealizou as tutelas provisórias de urgência para contornar o impasse em questão” ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 313-314.

²³⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 167.

doutrina como *fumus boni iuris*) e do perigo de dano, de ilícito ou de comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como *periculum in mora*). Essa é a correta exegese do *caput* do artigo 300 do Código de Processo Civil.

Portanto, como defendem Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, reproduzindo o Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis:

A redação do artigo do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada²³⁷.

Anselmo Prieto Alvarez também apregoa a unificação dos requisitos para a concessão de ambas as tutelas provisórias de urgência:

Por fim, há que se observar que, enquanto o CPC de 1973 exigia requisitos distintos para a concessão de tutela antecipada (prova inequívoca da verossimilhança das alegações do requerente, aliado à hipótese de urgência calcada na consolidação de dano) e de cautelar (perigo da demora e fumaça do bom direito), o NCPC de 2015 unificou os requisitos para o deferimento das tutelas provisórias de urgência, estabelecendo que serão concedidas quando houver elementos que demonstrem a probabilidade de que o direito litigioso favoreça o prejudicado, além da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, ou seja, caso presentes a “fumaça do bom direito” e o “perigo da demora”²³⁸.

Vale lembrar que havia um acirrado debate doutrinário e jurisprudencial acerca da carga dos requisitos – supostamente distinta – para a obtenção da tutela cautelar e da tutela antecipada. Arlete Inês Aurelli ilustra:

Embora não existisse unanimidade, muitos doutrinadores, no regime do CPC revogado, estabeleciam também diferenças quanto ao *fumus boni iuris* e quanto ao *periculum in mora*. No tocante ao *fumus boni iuris* a diferença era estabelecida em função da redação do art. 273 do CPC de 1973, que exigia prova inequívoca da verossimilhança das alegações, o que não era exigido para cautelares. Assim, o *fumus* exigido para a tutela antecipada era mais robusto, forte e veemente do que aquele exigido para a concessão de medidas cautelares. Quanto ao *periculum in mora*, a diferenciação tinha origem no art. 273, II, do CPC de 1973, o qual previa a concessão da tutela antecipada independentemente da urgência ou do risco na fruição do direito. O requisito, nesse caso, era a existência de direito evidente²³⁹.

²³⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 607.

²³⁸ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 314-315.

²³⁹ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 63.

Essa diferenciação – superada, a bem dizer²⁴⁰ – foi encampada por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, que a denominou de “teoria da gangorra”:

Para que fique bem entendido nosso raciocínio, faz-se analogia com uma “gangorra”. Numa das pontas, o *fumus boni iuris*; noutra, o *periculum in mora*. Quanto maior for o *periculum*, menos importância se dará ao *fumus* para a decisão acerca da concessão da tutela de urgência. É claro que precisa haver algum *fumus*, ou seja, algum grau de convencimento do juiz da possibilidade de, ao final, reconhecer o direito invocado. Ambos os requisitos devem estar presentes, mas são os dois variáveis ao sabor das particularidades do caso concreto. A conjugação desses dois fatores, caso a caso, é que convencerá o juiz a deferir, ou não, a tutela de urgência²⁴¹.

Não se pretende aqui negar a existência de graus de probabilidade, como já tangenciado neste trabalho quando da transcrição do escólio de Nicola Framarino Dei Malatesta por João Batista Lopes²⁴².

Entretanto, esses graus díspares de probabilidade não são atribuídos especificamente à tutela cautelar e à tutela antecipada. Daí a superação do debate ilustrado por João Victor Carloni Carvalho:

Admitindo-se haver graus de probabilidade de existência do direito (da mais intensa para a menos intensa), tem-se que este é mais intenso para a concessão de antecipação dos efeitos da tutela e é menos intenso para a concessão de tutela cautelar, pois enquanto a antecipação dos efeitos da tutela exige prova inequívoca da verossimilhança da alegação, a tutela cautelar se contenta com o *fumus boni iuris*²⁴³.

Ora se defende que a tutela cautelar e a tutela antecipada têm por fundamento a probabilidade direito afirmado. Constitui tarefa árdua estabelecer um critério prático e

²⁴⁰ Em sentido contrário, Fernando Gajardoni alega ser necessário maior grau de probabilidade para a concessão da tutela antecipada, eis que a satisfatividade oriunda da antecipação dos efeitos da tutela demandaria um grau de segurança maior do que aquele aferido para se conceder uma tutela cautelar, de natureza conservativa: “Exige-se, para a satisfação imediata do direito (ainda que provisoriamente), um grau de convicção mais acentuado que o necessário para conservar o direito à espera de uma decisão final”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.* **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015, p. 1.804.

²⁴¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 210.

²⁴² A lição ora referida – e a seguir reproduzida novamente para fins de contextualização – consta na nota 165 deste trabalho: “Malatesta mostra que o espírito humano reage ante os fatos de três formas diversas: (a) ignorância: falta de qualquer conhecimento; (b) certeza: conhecimento positivo e firme; (c) dúvida: estado de indefinição ante a presença de elementos afirmativos e negativos. Já o conceito de probabilidade, para ele, depende da predominância dos elementos positivos ou do conhecimento afirmativo, donde concluir pela existência da probabilidade máxima, sendo esta última identificável com a verossimilhança” LOPES, João Batista. *op. cit.*, p. 60.

²⁴³ CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, p. 54.

mensurável para fins de concessão de cada subespécie de tutela provisória de urgência²⁴⁴.

Embora esta dissertação não encampe a “teoria da gangorra”, o magistério de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro em relação à probabilidade do direito na tutela de urgência encaixa-se com exatidão ao ponto:

O fumus boni iuris – ou, como também se costuma designar “aparência do bom direito” – ou ainda a *probabilidade do direito* é aqui empregada como sinônimo de uma cognição sumária, não exauriente, sem maiores preocupações em estabelecer graus distintos de intensidade para formar o convencimento do juiz. É, segundo pensamos, o quanto basta para bem situar esse requisito no plano da tutela de urgência; o resto é, com o devido respeito, “ser mais realista que o rei”.

Prender-se a uma “escala de grau de convencimento” prévia do juiz, a partir da ideia de que para a proteção cautelar é suficiente mera plausibilidade do direito, enquanto para a antecipação de tutela exige-se algo mais profundo, uma maior probabilidade, traz o sério risco de comprometer a efetividade que se espera da tutela jurisdicional.

As teorias existentes acerca dos graus de convencimento do juiz em sede de cognição sumária, em que pese terem um interessante apelo técnico e teórico, não se coadunam com a realidade de uma tutela de urgência. Parece-nos equivocado (pre)determinar a intensidade da cognição sumária, vinculando-a ao tipo de provimento pretendido (se cautelar ou antecipatório)²⁴⁵.

O discernimento entre as tutelas de urgência no regime do Código de Processo Civil de 1973 era importante não somente pela dificuldade que sempre houve para caracterizá-las, mas também pela controvérsia quanto à fungibilidade de mão dupla entre a tutela cautelar e a tutela antecipada.

Com efeito, parte da doutrina e da jurisprudência entendia que havia apenas a possibilidade da chamada fungibilidade regressiva, isto é, da antecipação de tutela para providência cautelar – não se admitindo o contrário, ou seja, a fungibilidade progressiva.

Já no regime processual em voga, o parágrafo único do artigo 305 determina que o magistrado, caso entenda que o pedido veiculado como cautelar tenha natureza satisfativa, deverá observar a disciplina dada a esta no artigo 303. Em outras palavras,

²⁴⁴ Tal dificuldade é reportada por Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr.: “Mais difícil é ainda estabelecer uma precisa diferença que resulte praticamente utilizável em sede judicial entre as noções de possibilidade, verossimilitude e probabilidade”. GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *op. cit.*, p. 1.803.

²⁴⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, 2016, p. 208.

o juiz receberá a tutela cautelar como tutela antecipada. Como aduz Arlete Inês Aurelli, “temos aqui uma via de mão única invertida”²⁴⁶.

Em rigor, no regime processual revogado – assim como no atual – a via da fungibilidade era de mão dupla. Há, como já havia, espaço para o juiz recepcionar tutela cautelar como tutela antecipada e vice-versa. Nesse passo, conforme leciona Cassio Scarpinella Bueno, ao comentar o artigo 305 do Código de Processo Civil:

O parágrafo único evidencia a possibilidade de aplicação do art. 303 se o magistrado entender que o pedido tem natureza antecipada. Trata-se, não há porque negar, de um resquício de fungibilidade que, embora de forma invertida, deriva do § 7º do art. 273 do CPC de 1973 e que, tanto quanto no direito atual, merece ser interpretado amplamente para albergar também hipótese inversa, qual seja, a de o magistrado, analisando petição inicial fundamentada no art. 303 (“tutela antecipada”), entender que o caso amolda-se mais adequadamente à “tutela cautelar”, determinando, por isso, a observância dos arts. 305 e ss.²⁴⁷.

Anselmo Prieto Alvarez corrobora, inclusive estendendo a fungibilidade à tutela provisória da evidência:

Entre as medidas provisórias de urgência é aplicável a fungibilidade; isto é, se o interessado requerer uma tutela antecipada, poderá o Poder Judiciário conceder medida cautelar caso entenda que é hipótese de adoção desta em vez daquela e vice-versa, pois o objetivo é não deixar consolidar a situação de “perigo da demora”. Anote-se que, muito embora não conste de forma clara no NCPC de 2015, mas mera referência em seu art. 305, dispositivo legal aplicável às tutelas de urgência antecedentes, o Magistrado pode valer-se da fungibilidade entre as várias espécies de tutelas provisórias a fim de deferir outra que não aquela pleiteada pela parte, se entender ser este o caminho correto. Por exemplo, caso o Juiz entenda que a hipótese trazida ao Poder Judiciário para análise é de tutela antecipada e não de tutela de evidência como pleiteado pelo prejudicado, deve o Magistrado conceder aquela em vez desta, determinando que a parte faça eventuais correções procedimentais necessárias²⁴⁸.

Trata-se, pois, de analisar a tutela em cognição sumária sob o prisma da urgência, seja ela em se começar a fruir os efeitos da decisão final meritória, seja ela em se garantir a efetividade processual. Eis o cerne da questão: a tutela cautelar e a tutela antecipada objetivam viabilizar a garantia constitucional de acesso à justiça.

²⁴⁶ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 64.

²⁴⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 227.

²⁴⁸ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 324-325.

O órgão julgador não deve ficar adstrito a supostas distinções atinentes aos requisitos para decidir pela concessão da tutela cautelar ou da tutela antecipada. O artigo 300 do Código de Processo Civil determina que os dois requisitos, quais sejam, a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, devem estar presentes para a concessão de ambas as tutelas de urgência. Destarte, não há que se perquirir sobre a densidade do *fumus boni iuris* nem sobre a variação do *periculum in mora*²⁴⁹.

Feitas tais considerações, mas antes de adentrar especificamente no conteúdo dos requisitos ensejadores da concessão da tutela provisória de urgência, insta assinalar que o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* devem se apresentar concomitantemente. Esse é o entendimento de Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr.:

Dois pressupostos precisam ser cumulativamente (aditivamente) demonstrados para a obtenção da tutela provisória de urgência: (a) a probabilidade do direito e o (b) o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (*periculum in mora*)²⁵⁰.

Decerto que só haverá urgência se demonstrado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo acrescido da probabilidade do direito, a ser caracterizada pelo conjunto probatório carreado ao pedido – seja ele incidental ou antecedente.

Na dicção do artigo 300 do Código de Processo Civil, o primeiro requisito para a concessão da tutela provisória de urgência é a probabilidade do direito, ou seja, a sua provável existência ante a necessidade de ser tutelado mediante cognição sumária. De fato, não há espaço para a tutela provisória e urgente do direito, se o juiz, em sede cognição sumária, não se convencer da plausibilidade da pretensão.

Nos dizeres de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

A probabilidade do direito a ser provisoriamente satisfeito/realizado ou acautelado é a plausibilidade de existência desse mesmo direito. O bem conhecido *fumus boni iuris* (ou fumaça do bom direito). O magistrado precisa avaliar se há “elementos que evidenciem” a probabilidade de ter acontecido o que foi narrado e quais as chances de êxito do demandante (art. 300, CPC)²⁵¹.

²⁴⁹ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 64.

²⁵⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *op. cit.*, p. 1.802.

²⁵¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 608.

Logo, para obter a tutela provisória de urgência – cautelar ou antecipada – o autor deve convencer o juiz de que a tutela final provavelmente lhe será concedida. Não há aqui – importante ressaltar – um aprofundamento da questão pelo magistrado, uma vez que o juízo de cognição em sede de tutela provisória de urgência se caracteriza pela sumariedade.

Como já visto, as tutelas cautelar e antecipada são incompatíveis com o aprofundamento do contraditório e da convicção judicial, uma vez que estes demandam porção de tempo que impede a concessão da tutela de modo urgente.

Segundo disserta Eduardo Arruda Alvim:

O deferimento do pedido e da medida excepcional pressupõe, nesse sentido, a consideração, pelo julgador, de que existem grandes e palpáveis chances de que haverá correspondência entre o conteúdo da cognição aferida no momento da tutela provisória e o conteúdo da cognição obtida na decisão final de mérito, justificando-se a concessão da tutela de urgência, quer de natureza cautelar, quer de natureza antecipatória²⁵².

Em síntese, é necessária a verossimilhança fática, com a constatação de que há um considerável grau de plausibilidade em torno da narrativa dos fatos trazida pelo autor²⁵³. É preciso que se visualize, nessa narrativa, uma verdade provável sobre os fatos, independentemente de posterior produção de prova.

Junto a isso, deve haver uma plausibilidade jurídica, com a verificação de que é provável a subsunção dos fatos à norma invocada, conduzindo aos efeitos pretendidos²⁵⁴.

Registre-se que, como o faz, Daniel Amorim Assumpção Neves:

Um dado não pode ser esquecido: a existência de prova não conduz necessariamente a juízo de verossimilhança e ao acontecimento do pedido; e o juízo de verossimilhança não decorre necessariamente de atos probatórios. De um lado, nem sempre uma prova dos fatos implicará o acolhimento da pretensão – ainda que em caráter provisório. É o que se dá, por exemplo, quando os fatos, ainda que devidamente corroborados, não se subsomem ao enunciado normativo invocado, ou, ainda que juridicizados, não gerem os efeitos jurídicos desejados. E mais, ainda que provados e verossímeis os fatos trazidos pelo requerente, pode o requerido trazer prova pré-constituída de fato novo, extintivo (ex.: pagamento), modificativo (ex.: renúncia parcial) ou impeditivo (ex.: prescrição) do direito deduzido, invertendo, pois, a verossimilhança.

²⁵² ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, pp. 153-154.

²⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 336.

²⁵⁴ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 28.

De outro lado, nem sempre a verossimilhança advirá de prova. Na forma do art. 300 do CPC, basta que haja “elementos que evidenciem a probabilidade” do direito. Poderá assentar-se, por exemplo, em fatos incontroversos, notórios ou presumidos (a partir de máximas de experiência, por exemplo), ou decorrentes de uma coisa julgada anterior, que serve com fundamento da pretensão (efeito positivo da coisa julgada)²⁵⁵.

A tutela provisória de urgência pressupõe, ademais, a existência de elementos que evidenciem o perigo que a demora no oferecimento da prestação jurisdicional (*periculum in mora*) representa para a efetividade da jurisdição e a eficaz realização do direito.

O legislador deixou de falar em “fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973), e passou a exigir, para a concessão de tutela provisória de urgência, “o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo” (artigo 300 do Código de Processo Civil de 2015).

Conforme ensina Luiz Guilherme Marinoni:

São expressões destituídas de exato conteúdo técnico-jurídico. Servem apenas para evidenciar que no curso do processo pode ocorrer gravame que ponha em risco i) a efetividade da tutela do direito (cautelar), ii) a situação objeto das tutelas declaratórias e (des)constitutiva (cautelar), e iii) o direito que se pretende tutelar ou um direito a ele conexo (antecipada)²⁵⁶.

Ressalve-se, em crítica à redação do referido dispositivo legal, que nem sempre há necessidade de risco de dano, eis que é possível a concessão de tutela provisória de urgência destinada somente a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito (artigo 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil)²⁵⁷.

Há entendimento doutrinário no sentido de que a expressão “perigo de dano” se ajusta à noção de tutela antecipada (satisfativa), ao passo que o “risco ao resultado útil do processo” estaria mais ligado à tutela cautelar, de natureza conservativa.

Um dos expoentes de tal posicionamento é Eduardo Arruda Alvim, para quem o perigo de dano assume uma face perante a tutela antecipada por ameaçar, no mundo

²⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada Sancionatória. In: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 43. São Paulo: Dialética, 2006, p. 21.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 123.

²⁵⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 610.

empírico, o próprio bem da vida perseguido. Já a tutela cautelar, segundo o mencionado autor, é traduzida pelo risco de o processo tornar-se um instrumento inútil²⁵⁸.

Por sua vez, Daniel Amorim Assumpção Neves – em juízo também encampado por esta dissertação – diverge de tal concepção e sustenta que o fundamento da tutela cautelar e da tutela antecipada é o mesmo: a impossibilidade de se esperar o provimento final. Vale transcrever:

Em outras palavras, tanto na tutela cautelar quanto na tutela antecipada de urgência caberá à parte convencer o juiz de que, não sendo protegida imediatamente, de nada adiantará uma proteção futura, em razão do perecimento de seu direito²⁵⁹.

Nesse mesmo sentido, Cassio Scarpinella Bueno explica que:

Sequer sobrevive, para o CPC de 2015, a diferença (artificial) entre o perigo de dano e o risco ao resultado útil do processo sugerida por alguns para distinguir, respectivamente, a tutela antecipada (vocacionada a tutelar o próprio direito material) e a tutela cautelar (vocacionada a tutelar o processo) no contexto do CPC de 1973. Aqueles dois referenciais – denotativos da necessidade urgente da intervenção jurisdicional – são empregados indistintamente para aquelas duas espécies²⁶⁰.

Feitas essas ponderações, é importante registrar, nos moldes assentados por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, que:

O que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito²⁶¹.

Além disso, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação.

Dano irreparável é aquele cujas consequências são irreversíveis. A exemplificação de Luiz Guilherme Marinoni é exaustiva:

Dano irreparável pode decorrer de violação: i) a direito não-patrimonial (direito à honra ou à imagem, por exemplo); ii) a direito patrimonial com função não-patrimonial (ex.: direito a indenização por acidente de trabalho, cuja realização é necessária para que o trabalhador restabeleça condições mínimas de saúde); iii) a direito patrimonial que não pode ser reparado de forma específica – com o retorno ao *status quo ante* –, mas só por equivalente em pecúnia; iv) ou a direito

²⁵⁸ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 157.

²⁵⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 835-836.

²⁶⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, p. 223.

²⁶¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 610.

patrimonial que pode ser efetivamente atendido através de simples prestação pecuniária – como um simples direito de crédito não adimplido –, mas a manutenção do bem ou capital necessário para a sua satisfação no patrimônio do réu, no curso do processo, implica dano grave ou irreparável para o autor – que demanda, por exemplo, sua satisfação imediata para manter a sanidade financeira da empresa²⁶².

Já o dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa²⁶³.

O perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo deve se fundar em elementos objetivos, capazes de serem postos de forma racional – e não em conjecturas de ordem subjetiva. De todo modo, basta evidenciar a probabilidade da ocorrência do dano ou do ato contrário ao direito, demonstrando-se circunstâncias que atestem uma situação de perigo capaz de fazer surgir dano ou ilícito no curso do processo.

Enfim, o deferimento da tutela provisória somente se justifica quando não for possível aguardar pelo término do processo para entregar a tutela jurisdicional, na medida em que a demora poderá causar à parte um dano irreversível ou de difícil reparação.

4.5. Características comuns à tutela cautelar e à tutela antecipada

Como já dito e repisado, a tutela cautelar e a tutela antecipada têm a mesma função no sistema processual, qual seja, estão vocacionadas para assegurar a eficácia do resultado final. Ambas são tutelas de urgência e possuem características comuns, das quais destacamos a provisoriedade, a revogabilidade e a sumariedade da cognição.

4.5.1. Provisoriiedade

Tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada não estão plasmadas em um juízo de certeza do direito, bastando para sua concessão, ao lado do *periculum in mora*,

²⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 185.

²⁶³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 610.

a existência de *fumus boni iuris* – o que, por si só, já denota uma cognição não exauriente. Justamente por isso, ou seja, dada a cognição sumária, não gozam de definitividade.

Mas não é só. A provisoriedade deve ser vista, também, sob outro foco, pelo qual a tutela cautelar ou a tutela antecipada tende a ser substituída por uma definitiva²⁶⁴. Essa é a convicção de Leonardo Greco:

A provisoriedade, no sentido (...) de tutela temporária de um provável direito, está patenteada no artigo 296, que determina que a tutela de urgência e a tutela de evidência conservem a sua eficácia na pendência do processo principal, podendo, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada. Daí resulta que a tutela de urgência e a tutela de evidência não têm aptidão para a tutela definitiva do provável direito do requerente, que deverá ser objeto de um provimento no processo principal que a substitua, sob pena de caducidade. No caso da tutela de urgência, antecipatória ou cautelar, essa temporariedade é acentuada pelas regras dos artigos 303, § 2º, e 308, que exigem o adiantamento da inicial e quinze dias para formulação do pedido principal, no caso de tutela antecipada, ou de propositura da ação principal em trinta dias, no caso de tutela cautelar, sob pena de caducidade da medida provisória concedida²⁶⁵.

Assim, a tutela cautelar, mercê de sua instrumentalidade, deve ser necessariamente vista como provisória²⁶⁶. A nota marcante da provisoriedade da tutela cautelar se manifesta no fato de esta estar fadada a produzir efeitos somente até que sejam produzidos os efeitos da tutela principal²⁶⁷.

Nesse sentido, julgado improcedente o pedido principal, a tutela cautelar ficará prejudicada; ao revés, julgado procedente o pedido, os efeitos da cautelar restarão absorvidos pelos efeitos deste. Note-se que a tutela cautelar gerará efeitos até que haja a satisfação ou o reconhecimento do direito material formulado no pedido principal, não bastando tão somente a obtenção do título executivo, que, no mais das vezes, sem a posterior tutela jurisdicional executiva, não tem o condão de coibir a situação de dano que a cautelar objetivou afastar²⁶⁸.

²⁶⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 120.

²⁶⁵ GRECO, Leonardo. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. *In: DIDIER JR. et al. Novo CPC: doutrina selecionada*, v. 4. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 189-190.

²⁶⁶ Nas palavras de José Roberto dos Santos Bedaque: “A tutela jurisdicional antecipada insere-se no âmbito das cautelares por ser medida ontológica e estruturalmente provisória e instrumental, sendo irrelevante seu conteúdo”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 308.

²⁶⁷ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, 2016, p. 120.

²⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos**, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

Guardadas as particularidades, o mesmo fenômeno ocorre com a tutela antecipada. Sob o ponto de vista de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

De igual forma, a decisão que antecipa a tutela, fundada em cognição sumária, tende a ser substituída por outra, dotada de cognição exauriente. Havia uma diferença sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, porquanto a tutela cautelar e a tutela definitiva eram concedidas em processos distintos, ao passo que a antecipação de tutela é proferida no mesmo processo em que se dá a tutela principal. Tal diferença foi abolida no Código de Processo Civil de 2015, porquanto tanto a tutela cautelar quanto a antecipatória têm lugar no mesmo processo em que se dá a tutela principal²⁶⁹.

É precisamente por tais razões que Leonardo Grego assim concebe:

O Código de 2015 restabelece o entendimento da doutrina tradicional, segundo a qual a provisoriedade está sempre vinculada à instrumentalidade, de tal modo que a tutela provisória, de urgência ou de evidência, será sempre considerada uma função acessória em relação a uma outra modalidade de tutela, cognitiva ou executiva. Essa doutrina foi adotada pelo Código de 1973, que, em seu art. 796, caracterizou o processo cautelar como dependente de outro principal, e é agora reproduzida no Código de 2015, que determina que a tutela provisória será sempre antecedente ou incidente (art. 294), que a sua eficácia está sempre vinculada a um processo principal (art. 296) e que é a causa principal que define a sua competência (art. 299)²⁷⁰.

Daí, inclusive, a clássica distinção entre provisório e temporário alçada por Alfredo de Araújo Lopes da Costa:

Temporário, em verdade, é o que dura determinado tempo. “Provisório”, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o “definitivo”. O temporário se define em absoluto, apenas em face do tempo; “provisório”, além do tempo, exige a previsão de outra coisa em que se sub-rogue (...). O provisório é sempre trocado por um definitivo²⁷¹.

Pode-se afirmar que a tutela cautelar e a tutela antecipada são provisórias, e não propriamente temporárias, na medida em que seus efeitos tendem a durar não por um prazo determinado, mas até que outra tutela as substitua. A superveniência de outro provimento, portanto, é o critério para sua cessação – e não o tempo²⁷².

Imprescindível atentar que o atributo da provisoriedade, associado à instrumentalidade – tal como tratado neste tópico –, também é inerente à tutela da

²⁶⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, 2016, p. 120.

²⁷⁰ GRECO, Leonardo. *op. cit.*, 2016, p. 190.

²⁷¹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958, p. 16.

²⁷² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 121.

evidência. Ora, esta igualmente constitui fundamento de tutela provisória, disciplinada pelo artigo 311 do Código de Processo Civil (em caráter não exaustivo).

Em que pese a sistematização da tutela provisória na lei processual vigente já ter sido objeto do capítulo “4.2.” desta dissertação, vale reproduzir o apontamento de Cassio Scarpinella Bueno acerca da topografia dos institutos:

O art. 311 do CPC de 2015 ocupa-se com a “tutela da evidência”, ou, mais precisamente, com a tutela provisória fundamentada em evidência, distinguindo-a, inclusive no local em que regulamenta, da “tutela de urgência”, iniciativa plenamente harmônica com a distinção feita desde o *caput* do art. 294 entre uma e outra destas espécies²⁷³.

4.5.2. Revogabilidade

Como consequência da provisoriedade, tem-se que tanto a tutela cautelar quanto a tutela antecipada podem ser revogadas²⁷⁴. Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, a inexistência de coisa julgada material e a expressa disposição legal a respeito da possibilidade de modificação ou revogação “a qualquer tempo” (artigo 296, *caput*, do Código de Processo Civil) não querem significar a possibilidade de rever em qualquer situação a tutela provisória proferida²⁷⁵.

Ou seja, a modificação ou a revogação da tutela cautelar ou antecipada depende da alteração na situação fática ou do aprofundamento da cognição através da assunção do contraditório. Nessa razão, é vedado ao juiz simplesmente redecidir a questão com base nos mesmos elementos de que já dispunha.

Para ilustrar opinião contrária à ora defendida, transcreve-se o ministério de José Roberto dos Santos Bedaque acerca da tutela cautelar:

Quanto à mera retratação, embora haja dúvida na doutrina, não parece ocorrer o fenômeno da preclusão para o juiz. Primeiro porque a cognição realizada para a concessão de liminar em processo cautelar é sumaríssima, nada impedindo se convença o julgador da impropriedade da solução. Nesse caso, inexistente vedação a que ele altere sua posição, mesmo porque a providência determinada não visa a produzir efeitos definitivos no plano material. Se a finalidade da tutela cautelar é apenas garantir a efetividade de outra tutela, pode o julgador verificar, no curso do processo, não haver necessidade da medida concedida liminarmente, pois

²⁷³ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, p. 267.

²⁷⁴ O atributo da revogabilidade consta expressamente do *caput* do artigo 296 do CPC/2015.

²⁷⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 123.

inexiste esse risco. Seria puro formalismo processual, além de indevida invasão da esfera jurídica de uma das partes, manter-se tutela cautelar até o final do processo, se o juiz verificar sua desnecessidade antes²⁷⁶.

Com a devida vênia, tal arrazoado não merece prosperar. Esta dissertação ora também manifesta contrariedade ao alvitre de Leonardo Greco:

A revogabilidade pode resultar de novos fatos e novas provas ou do simples reexame pelo juiz dos fatos e circunstâncias apreciados por ocasião da concessão. Uma noção mais restrita de revogabilidade, que limite a retratação do juízo de concessão ou de denegação ao surgimento de novos fatos ou de novas provas, se, de um lado, conferiria mais estabilidade à relações jurídica material e processual entre as partes, correria o risco de frustrar o acesso à tutela jurisdicional efetiva de interesses merecedores de proteção, já que não se pode esquecer que, tanto uma quanto outra (a concessão ou a denegação), são o resultado precário de uma cognição incompleta que, por isso mesmo, deve sempre estar sujeita a revisão das suas conclusões²⁷⁷.

A questão ganha ainda mais relevância nas liminares, as quais estão calcadas em cognição sumária sem a participação do réu e de seu ingresso no processo²⁷⁸. Por essência, as liminares fundam-se nas alegações e provas deduzidas na petição inicial ou nas provas produzidas unilateralmente pelo autor na audiência de justificação²⁷⁹. Daí por que Leonardo Ferres da Silva Ribeiro assim argumenta:

É certo que com o exercício do contraditório e com a participação do réu que poderá agregar novos elementos, aprofundando, dessa forma, a cognição do juiz, haverá possibilidade de adequar a medida provisória concedida liminarmente à nova realidade que se abre para o juiz.

Assim, alterado o estado de coisas, abre-se a possibilidade de modificação e/ou revogação para ajustá-la à situação concreta. Situação inversa, porém, é aquela na qual é mantido o estado das coisas que ensejou a concessão da medida liminar: nesta hipótese, ao revés, não é dado ao juiz alterá-la e/ou revogá-la. Frise-se que o que estamos discutindo é a possibilidade (ou não) de o juiz modificar ou revogar a tutela cautelar ou a antecipação de tutela independentemente de recurso (que tem o condão de abrir juízo de retratação)

²⁷⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, pp. 150-151.

²⁷⁷ GRECO, Leonardo. *op. cit.*, 2016, p. 194.

²⁷⁸ Razão assiste a Anselmo Prieto Alvarez: “As tutelas de urgência, em regra, face à possibilidade de ocorrência de dano irreparável ou de difícil ou incerta reparação, deverão ser concedidas liminarmente, sem a cientificação da parte contrária, com o diferimento do contraditório para momento posterior, sempre que a sua oitiva prévia puder inviabilizar a efetivação da prestação jurisdicional provisória; ou após a comunicação da parte adversa, acerca dos termos do processo, realizando, se for o caso, audiência de justificação prévia que terá como finalidade demonstrar claramente ao Magistrado a pertinência da tutela provisória perseguida pelo litigante. Já a tutela de evidência deverá ser concedida, liminarmente, quando fundada em precedente ou contrato de depósito e, nos demais casos, após a oferta de contestação, durante o trâmite da ação de conhecimento ou execução”. ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 323.

²⁷⁹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 123.

e sem que tenha havido modificação no estado fático e/ou probatório. Entendemos, nesse caso, pela inviabilidade²⁸⁰.

A matéria é controvertida, consoante se infere das lições acima transcritas. De qualquer forma, filia-se este trabalho às ponderações de Paulo Henrique dos Santos Lucon, as quais, embora lavradas ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, permanecem atuais:

A característica comum da tutela cautelar e da tutela antecipada é a provisoriedade. Sobre esta última, dispõe o art. 273, § 4º, do CPC que “a tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada”; acerca da tutela cautelar estabelece o art. 807 do mesmo diploma: “as medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”. Portanto, ambas podem ser modificadas ou mesmo revogadas ao longo do desenvolvimento do processo, seja pelo próprio juiz que as tenha deferido, seja pelos órgãos hierarquicamente superiores mediante a interposição dos recursos cabíveis. Todavia, a modificação ou a revogação pelo mesmo órgão jurisdicional surge a partir de uma evolução da situação substancial no processo e deve ser sempre baseada em circunstâncias novas ou já existentes ao tempo da emanção do provimento, mas não suscitadas pelas partes. Se assim não fosse, a atividade do juiz nas tutelas cautelar e antecipada tornar-se-ia arbitrária e sem parâmetros. Para a modificação ou a revogação das tutelas cautelar e antecipada pelo mesmo órgão jurisdicional deve haver uma alteração das circunstâncias, perceptível a partir do reexame da legitimidade originária da medida concedida à luz do que foi ulteriormente deduzido pelas partes litigantes e dos resultados advindos com a instrução probatória²⁸¹.

O processo não se coaduna com incertezas; uma vez deferida a tutela de urgência para aquela situação fática, salvo alguma mudança na referida situação, a tutela deferida liminarmente deve surtir efeitos até que seja substituída por outra, proferida com base em cognição mais aprofundada.

Note-se que o fato de a tutela de urgência, inclusive a antecipatória, ser passível de revogação não a impede de ser irreversível.

Não se olvida que, a teor do parágrafo 3º do artigo 300 do Código de Processo Civil: “a tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão”. Trata-se de verdadeiro “pressuposto

²⁸⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, pp. 123-124.

²⁸¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp. 241-242.

negativo”, que quer inibir a antecipação da tutela no caso do que é comumente chamado de *periculum in mora* inverso²⁸².

Contudo, nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno:

É necessário superar a interpretação literal do dispositivo para contornar o reconhecimento de sua inconstitucionalidade substancial: a vedação da concessão da tutela antecipada fundamentada em urgência nos casos de irreversibilidade não deve prevalecer nos casos em que o dano ou o risco que se quer evitar ou minimizar é qualitativamente mais importante para o requerente do que para o requerido. É implícito ao sistema – porque decorrente do “modelo constitucional” – o chamado “princípio da proporcionalidade” a afastar o rigor literal enunciado pelo dispositivo²⁸³.

Anselmo Prieto Alvarez manifesta o mesmo entendimento:

Anote-se que a tutela de urgência, de natureza antecipada, não deverá ser concedida pelo Magistrado quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão, a exemplo do que ocorria no CPC de 1973. Ressalte-se, porém, que a doutrina e jurisprudência brasileiras entendem que essa disposição comporta exceções nos casos em que, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade, a preservação do patrimônio do devedor possa ser considerada como de menor importância em relação à preservação de outro bem da vida, como, por exemplo, a saúde do consumidor que justificaria a possibilidade de deferimento da tutela provisória para obtenção de tratamento de saúde de natureza tipicamente irreversível. É certo que, mesmo reversível a tutela antecipada, o Juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, sendo certo que a garantia poderá ser dispensada se a parte for pobre na acepção jurídica do termo, e não puder ofertá-la²⁸⁴.

Vale registrar a respeito do tema o posicionamento de Olavo de Oliveira Neto e de Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira, para quem a tutela satisfativa de caráter irreversível denomina-se interinal:

Ainda existem certas medidas que antecipam os efeitos da tutela final sem preencher todos os requisitos constantes do art. 300, do CPC, motivo pelo qual não se enquadram na tipicidade prevista para a ocorrência da tutela antecipada e, à evidência, também não se caracterizam como uma tutela de natureza cautelar, já que vão além de assegurar o resultado útil do provimento definitivo. Essa tutela que não tem natureza de tutela antecipada porque não atende a todos os requisitos do art. 300, do CPC, que não tem a natureza de tutela cautelar porque antecipa a satisfação do direito material e que não tem a natureza de tutela interdital porque não se trata de uma ação possessória, é a tutela interinal²⁸⁵.

²⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, p. 255.

²⁸³ *Idem, ibidem*, 2016, p. 255.

²⁸⁴ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 323.

²⁸⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Tutela provisória**. São João da Boa Vista: Filomática Sorocabana, 2021, pp. 74-75.

A título ilustrativo, Olavo de Oliveira Neto e de Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira exemplificam:

O exemplo típico dessa espécie é a tutela concedida na ação de alimentos proposta pelo filho em desfavor do pai. Nela, a liminar que concede alimentos provisórios, destinada a produzir eficácia imediata, implica a antecipação de todos os efeitos oriundos da decisão definitiva. O alimentando passará a receber os alimentos e a consumi-los, sem que exista nenhuma preocupação com uma eventual devolução do que foi recebido, mesmo porque esses alimentos não são passíveis de devolução²⁸⁶.

Eventual irreversibilidade do estado das coisas, entretanto, não pode ser confundida com o fenômeno da coisa julgada material. Teresa Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina suscitam os exemplos da “ação cautelar” de busca e apreensão de menor e da antecipação de tutela para autorizar uma transfusão de sangue, nas quais, uma vez cumprida a decisão (concedida com base em cognição sumária), entrega-se definitivamente o bem jurídico pleiteado pelo autor, nada restando a ser outorgado naqueles processos. Nessas hipóteses, ainda assim, não há de se falar em formação de coisa julgada matéria. A alteração do estado das coisas pode vir a ser suscitada em outro processo²⁸⁷.

Enfim, há no foro – não raras as vezes – situações nas quais o julgador, ao se debruçar sobre pedido de tutela antecipada, entrevê que não somente o requerente da medida poderá sofrer danos em decorrência de seu indeferimento, como também o requerido poderá merecer precaução processual, por se encontrar em similar situação de risco diante de eventual deferimento do pleito.

Para o contorno de tais situações é que o ordenamento jurídico, precisamente no artigo 300, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, lança a figura da caução – ou contracautela –, estabelecendo um completo e equitativo regime de garantia ou prevenção, de sorte a tutelar bilateralmente todos os interesses em risco²⁸⁸.

Deve-se ter em mente, entretanto, na esteira de Daniel Amorim Assumpção Neves que:

²⁸⁶ *Idem, ibidem*, p. 75.

²⁸⁷ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 128-130.

²⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 631.

Como a literalidade do dispositivo determina, a prestação da contracautela não é medida obrigatória, que se imponha em toda hipótese de concessão de tutela de urgência, sendo claro que o juiz poderá exigir a prestação de caução a depender do caso concreto. Entendo que a prestação de caução só deve ser exigida quando o juiz estiver em dúvida a respeito da concessão da tutela de urgência e notar no caso concreto a presença da irreversibilidade recíproca. Como sabe que a não concessão pode sacrificar o direito alegado da parte ou o resultado útil do processo e que a concessão gerará uma situação fática irreversível, tendo dúvida a respeito de tal concessão, exigirá da parte a prestação da caução²⁸⁹.

Por fim, é premente ressaltar que as considerações aqui sopesadas acerca da característica da revogabilidade também se aplicam à tutela da evidência, segundo explica Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

A nosso ver, a regra é a mesma para a tutela da evidência. Conquanto a tutela da evidência esteja plasmada por um grau de convencimento maior, ou melhor, uma maior probabilidade do direito em favor de quem houve a concessão da tutela, não se trata de cognição exauriente, de um juízo de certeza. O art. 311 do CPC/2015 prevê, inclusive, duas hipóteses em que é possível ao juiz, mesmo diante da ausência de urgência (*periculum in mora*), conceder a tutela liminarmente. São as hipóteses previstas nos incs. II e III do mencionado dispositivo legal. Bem se vê, portanto, que embora haja uma maior probabilidade do direito do autor, o processo deve evoluir com ampliação da cognição do juiz. De qualquer forma, fica ainda mais fácil, segundo pensamos, enxergar a impossibilidade de o juiz simplesmente mudar de ideia na hipótese de tutela da evidência, porquanto, mesmo tratando-se de cognição sumária, o seu grau de convencimento, ao deferir a tutela, é superior ao *fumus boni iuris* que se exige para uma tutela de urgência²⁹⁰.

4.5.3. Sumariedade da cognição

A tutela provisória, de urgência ou de evidência, tem por característica a sumariedade da cognição²⁹¹.

Pode-se afirmar no campo da tutela de urgência que a cognição, quanto à averiguação do direito material, está limitada à verificação de plausibilidade – daí a menção a um juízo de cognição menos aprofundado verticalmente, nas palavras de Kazuo Watanabe²⁹².

²⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2016, p. 837.

²⁹⁰ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 126.

²⁹¹ O tema da cognição judicial foi desenvolvido no capítulo “3” desta dissertação.

²⁹² WATANABE, Kazuo. *op. cit.*, 2000, p. 123.

Conforme analisa Leonardo Greco, fazendo menção ao estudo de Kazuo Watanabe sobre o tema:

A cognição sumária também é característica da tutela provisória. Sumária é a cognição que sofre limitações quanto à sua profundidade, para através de um juízo superficial e incompleto poder extrair rapidamente uma conclusão a respeito da necessidade da medida. Segundo KAZUO WATANABE, nos procedimentos sumários, sejam ou não cautelares, o legislador prefere a celeridade à perfeição²⁹³.

De fato, exigir do magistrado o desenvolvimento de uma cognição exauriente e profunda – com possibilidade de amplo debate e verificação de todos os fatos alegados pelas partes – seria de todo incompatível com a urgência que se presume para a adoção da tutela cautelar e da antecipação de tutela²⁹⁴.

Com efeito, nas palavras de Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz:

A tutela provisória é um mecanismo criado para proporcionar um equilíbrio entre as partes quanto ao tempo de tramitação do processo. Visa proporcionar a prestação jurisdicional célere, justa e efetiva, mediante a antecipação daquilo que a parte receberia somente com a tutela definitiva ou mediante meios acautelatórios deste direito, com o propósito de, ao final do processo, conseguir usufruir o direito que lhe será reconhecido²⁹⁵.

Decidir com base em probabilidade – o que, como visto, revela-se indissociável da tutela de urgência – é tão importante quanto julgar com base no convencimento a respeito de um juízo de certeza²⁹⁶.

Consoante sinaliza Rogéria Fagundes Dotti:

No âmbito da tutela sumária, o que está em jogo não é o alcance (ainda que ideal) da verdade, mas sim o da probabilidade das alegações de fato feitas pelas partes. O que se quer atingir, portanto, não é a convicção de certeza, mas um juízo que indique que aquilo que se afirma tem chance real de ser comprovado como verdade em um momento processual futuro²⁹⁷.

Também nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco ensina que “uma ordem processual não é feita somente de segurança e das certezas do juiz. Ela vive de certezas,

²⁹³ GRECO, Leonardo. *op. cit.*, 2016, p. 194.

²⁹⁴ BAPTISTA DA SILVA, *op. cit.*, p. 76.

²⁹⁵ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. **Tutela de evidência no processo civil**. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 92.

²⁹⁶ A crítica de Ovídio Araújo Baptista da Silva à chamada doutrina tradicional é pertinente: “Para a doutrina tradicional, fiel à ordinariedade, julgamento fundado em verossimilhança, julgamento não é: julgar provisoriamente é não julgar”. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 196.

²⁹⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 148.

probabilidades e riscos”²⁹⁸. Ainda segundo o autor, onde houver razões para decidir com base em meras probabilidades, sendo estas razoavelmente suficientes, deve-se renunciar à obsessão pela certeza, correndo-se algum risco de errar, desde que se disponha de meios aptos a corrigir os efeitos de possíveis erros²⁹⁹.

Relevante destacar que o juízo de probabilidade não é inferior nem menos importante que o juízo a respeito da cognição exauriente. Como bem alerta Michele Taruffo, é um erro considerar o provável como sinônimo de incerto ou inseguro. Ao contrário, aquilo que se mostra como provável na tutela sumária é de grande valor. Não se trata, portanto, de uma *cognitio inferior rispetto ala verità*³⁰⁰.

Os escopos da cognição sumária são bem delimitados por Luiz Guilherme Marinoni:

É correto dizer, resumidamente, que as tutelas de cognição sumarizadas no sentido vertical objetivam: (a) assegurar a tutela jurisdicional do direito ou uma situação concreta que dela depende (tutela cautelar; art. 300 do CPC); (b) realizar, em vista de uma situação de perigo, antecipadamente um direito (tutela antecipada; art. 300 do CPC); (c) realizar, quando o direito do autor surge como evidente e a defesa é exercida de modo inconsistente, antecipadamente um direito (tutela da evidência; art. 311 do CPC); ou (d) realizar, em razão das peculiaridades de um determinado direito e em vista da demora do procedimento comum, antecipadamente um direito (liminares de determinados procedimentos especiais)³⁰¹.

É justamente por fundar-se em cognição sumária que a tutela de urgência não induz coisa julgada material³⁰². Esta, marcada pela imutabilidade, pressupõe cognição exauriente³⁰³.

Ainda no campo da cognição sumária, mas em outro grau de convencimento, situa-se a tutela da evidência, para a qual se exige mais do que a mera plausibilidade, chegando-se ao grau da probabilidade. É importante mencionar, entretanto, que este

²⁹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 2004, p. 18.

²⁹⁹ *Idem, ibidem*, p. 18.

³⁰⁰ TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. In: **Revista de Processo**, v. 154, dez. 2007, pp. 207-222.

³⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 29.

³⁰² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 582.

³⁰³ Como diz Bruno Vinícius da Rós Bodart: “Considera-se exaurida a cognição sempre que o julgador dispuser das informações de fato ou de direito que sejam suficientes para o desate da controvérsia sobre a relação jurídica deduzida em juízo, julgando procedente ou improcedente o pedido, ou, excepcionalmente, extinguindo o processo sem resolução do mérito. A partir de então, a continuidade do processo pode até ser possível; contudo, representaria atividade inútil, vez que despicienda, implicando injustificável demora na prolação da decisão final”. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 49.

grau de probabilidade do direito, a justificar o deferimento de uma tutela da evidência, deve necessariamente estar previsto na lei. De acordo com Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

O que queremos dizer é que as hipóteses de tutela da evidência devem estar expressamente referidas na lei. É o caso da liminar possessória, das hipóteses do art. 311 do NCPC etc. A probabilidade do direito é, portanto, expressamente referida pela lei, não havendo liberdade para o juiz deferir uma tutela de evidência fora das hipóteses legais, mesmo que entenda “provável” o direito do autor.

O mesmo não ocorre com a tutela de urgência. Basta ao juiz enxergar *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, para que se abra a possibilidade de deferir a tutela cautelar ou a tutela antecipada, de forma a proteger o direito em jogo, mesmo sem qualquer menção expressa a respeito daquela hipótese específica no ordenamento jurídico³⁰⁴.

Como se vê, há importante diferença entre a cognição sumária que se exige para a concessão de uma tutela de urgência e de uma tutela da evidência. A primeira possibilita ao juiz agir com ampla liberdade, à luz do caso concreto; a segunda limita a atuação do juiz àquelas hipóteses expressamente previstas em lei³⁰⁵.

Passa-se, assim, ao detido estudo da tutela provisória da evidência.

³⁰⁴ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 128.

³⁰⁵ *Idem, ibidem*, p. 128.

5. ESPECIFICAMENTE DA TUTELA PROVISÓRIA DA EVIDÊNCIA

5.1. O ônus do tempo do processo

A despeito do obstáculo representado pelos custos inerentes ao trâmite do processo, o número de demandas submetidas ao Poder Judiciário pátrio aumenta vertiginosamente. Tal fenômeno decorre, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, da chamada explosão de litigiosidade³⁰⁶.

Essa circunstância acentua-se no Brasil a partir da década de 1970, frente à recessão econômica, da qual adveio a redução dos recursos financeiros do Estado e sua incapacidade de cumprimento das responsabilidades impostas pelo modelo de Estado Social³⁰⁷.

Também contribui para o aumento do número de processos em trâmite perante os órgãos do Poder Judiciário a denominada judicialização de conflitos, resultante, dentre outros fatores, da tomada de consciência, por parte dos jurisdicionados, de seus próprios direitos. Forçoso concluir, como o fazem Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves, que:

Com o aumento do número de processos, depara-se com a dificuldade do Poder Judiciário de solucioná-los, o que implica seu congestionamento e, via de consequência, a lentidão da conclusão do exercício da atividade jurisdicional³⁰⁸.

Conforme o escólio de José Roberto dos Santos Bedaque:

A grande luta do processualista moderno é contra o tempo. Isso porque, quanto mais demorar a tutela jurisdicional, maior a probabilidade de a satisfação por ela proporcionada não ser completa. De outro lado, impossível a entrega imediata da prestação, pois a verificação da efetiva existência do direito demanda exame cuidadoso dos fatos alegados, o que não pode ser feito instantaneamente³⁰⁹.

Nesse passo, a teor da lição de Eduardo Cambi e Aline Regina das Neves:

Deve-se distinguir a demora patológica da demora fisiológica do processo: o processo, como instrumento de caráter dialético e que se desenvolve pelo concatenamento de atos, para a observação de garantias constitucionais, tais

³⁰⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Coord.). **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989, p. 44.

³⁰⁷ *Idem, ibidem*, p. 44.

³⁰⁸ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al* (Coord.). **Tutela provisória no CPC**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 89.

³⁰⁹ BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 114.

como o contraditório e a ampla defesa, demanda tempo; tal demora do processo, portanto, fisiológica, é inerente a ele, e difere daquela que excede esses parâmetros, fazendo com que a relação processual se postergue para além do necessário: a demora patológica³¹⁰.

De qualquer forma, não pairam dúvidas de que o lapso temporal entre o ajuizamento da ação e a efetiva tutela do direito material pode constituir um fardo excessivamente pesado para o seu titular. Daí se afirmar que o fator tempo permeia a noção de processo judicial³¹¹.

É justamente sob a perspectiva acima delineada que o tempo do processo representa um ônus aos litigantes. Nas ponderações de José Roberto dos Santos Bedaque:

O próprio direito material, aliás, sem considerar os problemas decorrentes da demora do processo, já prevê mecanismos para compensar o não adimplemento espontâneo da obrigação (correção monetária, juros de mora, multas). Mas no plano processual encontra-se o maior obstáculo à plena efetividade do direito material, nas hipóteses em que sua atuação não se opera voluntariamente. É a longa duração dos processos, mesmo não considerada a situação patológica do sistema brasileiro³¹².

Destarte, o estudo do Direito Processual Civil não pode ser indiferente aos efeitos do decurso do tempo para a prestação jurisdicional. Enfatize-se: para corresponder a seus fins institucionais, a tutela jurisdicional deve atribuir ao titular da situação jurídica violada proteção efetiva, reconhecendo o direito e, sobretudo, propiciando que o resultado prático alcançado seja útil.

Insta frisar, uma vez mais, que efetividade não é sinônimo de celeridade. Uma tutela efetiva está muito ligada à adequação e à correção da decisão proferida, ou seja, à segurança jurídica.

Por outro lado, a demora na entrega da prestação jurisdicional, ainda que razoável, pode gerar risco de dano irreparável àquele que, por não admitida a autotutela, tem de buscar a atuação de seu direito perante o Poder Judiciário. Esse perigo de lesão, causado pela duração do processo, não pode ser desconsiderado pelo legislador, que deve prever mecanismos para abrandá-lo. A advertência é de Andrea Proto Pisani:

³¹⁰ CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. *op. cit.*, p. 89.

³¹¹ CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo. Revista dos Tribunais, 1997b, p. 15.

³¹² BEDAQUE, José Robertos dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 115.

Di qui l'esigenza, si può dire avvertita da sempre e in tutti i sistemi giuridici, che l'ordinamento intervenga allo scopo di neutralizzare il pregiudizio (irreparabile o comunque grave) derivante all'attore dalla durata del processo: si tratta di un intervento necessario a garanzia della effettività del diritto di azione e della tutela giurisdizionale, onde evitare che la durata del processo torni a danno dell'attore che ha ragione³¹³.

Veja-se que não somente nas hipóteses de urgência para a obtenção do bem da vida que o decorrer do tempo do processo pode ser nefasto. Com efeito, quanto maior a demora no trâmite do processo, maior é o dano imposto às partes, sobretudo ao litigante que goza de razão³¹⁴, isto é, quem possui a pretensão amparada pelo ordenamento jurídico. Trata-se do dano marginal do processo, expressão cunhada pelo processualista italiano Enrico Finzi³¹⁵. Com base nessa assertiva, Rogéria Fagundes Dotti aduz que:

A mera duração do processo pode constituir causa de prejuízo irreparável ao autor que, em virtude de monopólio da jurisdição, vê-se impossibilitado de utilizar a autotutela. Com efeito, a manutenção do bem na esfera jurídica do devedor é fonte de dano relevante para o credor e uma condição indispensável para a realização do específico interesse do requerido. Tal dano decorre do processo em si mesmo, e não necessariamente da atitude maliciosa ou protelatória do réu³¹⁶.

A existência do denominado dano marginal também é bem explanada por Italo Andolina. O referido autor afirma que a propositura de uma demanda não consegue fazer parar o fluxo da vida, o qual prossegue como se não tivesse havido o ajuizamento da ação³¹⁷. Ou seja, o fato de o jurisdicionado provocar a atuação do Poder Judiciário não

³¹³ PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994, p. 647.

³¹⁴ Luiz Guilherme Marinoni é enfático, ao vislumbrar que somente o autor é penalizado pelo ônus do tempo do processo: “No processo de conhecimento clássico – destituído de tutela antecipatória –, o tempo do processo é suportado unicamente pelo autor, independentemente das particularidades da situação de direito material e do caso litigioso. Isso certamente não é justo nem está de acordo com a necessidade de se prestar tutela jurisdicional adequada às pessoas”. MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 273.

³¹⁵ Segundo Piero Calamandrei, quem utilizou primeiro a expressão dano marginal foi Enrico Finzi, na obra *Questioni controverse in tema di esecuzione provvisoria*. Seguiu-se a Finzi o próprio Calamandrei, que tratou do tema do dano marginal como “quell’ulteriore danno marginale che potrebbe derivare dal ritardo del provvedimento definitivo”. CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936, p. 42. Também Italo Andolina considerou o dano marginal como consequência direta e imediata da simples permanência, durante o tempo necessário ao desenvolvimento do processo, do estado de insatisfação do direito, o que, em sua opinião, poderia levar a situações de antecipação dos efeitos da tutela e criação de títulos executivos provisórios. cf. ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**: corso di lezioni. Milano: Giuffrè, 1983, p. 20.

³¹⁶ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 36.

³¹⁷ ANDOLINA, Italo. *op. cit.*, p. 16.

paralisa o problema nem faz cessar aquele prejuízo já sofrido. Em rigor, seria mera ficção imaginar que a propositura da ação suspenderia os efeitos fáticos.

Por outro lado, o processo, diante de sua incapacidade de atingir a verdade de forma imediata, rompe o contato com a vida e acaba por criar um rito próprio, dela distanciado. Daí por que o ordenamento não pode ser indiferente ao prejuízo que o autor sofre com essa demora processual.

Segundo Italo Andolina, esse dano deve ser chamado de marginal porque vai progressivamente sendo acrescentado ao dano que sofrera o autor antes de propor a demanda:

A me pare che l'ordinamento processuale non possa restare indifferente di fronte a questo fenomeno, ma debba anzi adottare un atteggiamento il più possibile adeguato a fronteggiarlo; per lo meno nella misura in cui voglia restare consapevole della própria funzione, e quindi, anche, delle proprie responsabilità. Ma, per il momento, è oportuno mettere da parte queste considerazioni e concentrare l'attenzione sul danno che l'attore subisce nelle more del procedimento: esso può convenientemente definirsi come 'marginale', in quanto va progressivamente ad aggiungersi a quello eventualmente già sofferto anteriormente alla proposizione della domanda³¹⁸.

Entretanto, fiel ao ensinamento de Enrico Finzi, Italo Andolina deixa claro que, para a ocorrência do dano marginal, não basta o mero decurso do tempo. É necessário que a ele se acrescente um fato novo, que aumente o prejuízo do autor durante o tempo de insatisfação de seu direito, comprometendo a *fruttuosità pratica della esecuzione forzata*³¹⁹.

O jurista italiano exemplifica dizendo que, durante esse tempo de espera, pode ocorrer o empobrecimento do devedor, um ato fraudulento de disposição do direito controvertido, a perda da garantia patrimonial do crédito ou a desvalorização monetária. É, então, o surgimento desse evento ulterior que caracteriza o chamado *danno marginale*³²⁰.

Ainda sobre o ônus do tempo no processo, Diego Martinez Fervenza Cantoario é enfático:

O tempo é relevante inimigo da efetiva igualdade no processo. A "lentidão" da Justiça constitui um grave problema social, pois provoca danos econômicos,

³¹⁸ *Idem, ibidem*, pp. 16-17.

³¹⁹ *Idem, ibidem*, pp. 18-21.

³²⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 40.

imobilizando bens e capitais e acentua a disparidade de armas entre os litigantes, favorecendo aqueles que podem suportar melhor os efeitos do tempo. Um processo que perdura por longo tempo transforma-se também em um cômodo instrumento de ameaça e pressão, em uma arma formidável nas mãos do mais forte para ditar as condições da rendição³²¹.

A isonomia processual rege-se pelo princípio constitucional da igualdade, disposto no artigo 5º, *caput* e inciso I, da Carta Magna. No plano infraconstitucional, consoante rezam os artigos 7º e 139, inciso I, do Código de Processo Civil, deve o juiz assegurar às partes igualdade de tratamento.

Ora, não há dúvidas de que a real isonomia entre os litigantes resta comprometida diante de processos excessivamente demorados³²². Como explicam Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito³²³.

As “possibilidades das partes”, expressão cunhada por Marc Galanter, repousa na noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas³²⁴.

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis têm vantagens óbvias ao proporem demandas ou delas se defenderem. Isso porque, além de poderem pagar para litigar, elas conseguem suportar, sob o ponto de vista econômico-financeiro, as delongas do litígio³²⁵.

Marc Galanter desenvolveu uma distinção entre o que denominou de litigantes “eventuais” e “habituais”, baseada na frequência de encontros com o sistema judicial. Ele sugeriu que esta distinção corresponde, em larga escala, à que se verifica entre

³²¹ CANTOARIO. Diego Martinez Fervenza. Duração razoável: um mandamento constitucional para a execução por quantia certa contra os entes públicos. In: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 910.

³²² LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *op. cit.*, 1999, p. 113.

³²³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.*, p. 20.

³²⁴ GALANTER, Marc. Afterword: Explaining Litigation. In: **Law and Society Review**, v. 9, 1975, p. 347.

³²⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.*, p. 20.

indivíduos que costumam ter contatos isolados e pouco frequentes com o sistema judicial e entidades envolvidas, com experiência judicial mais extensa³²⁶.

As vantagens do litigante “habitual”, de acordo com Marc Galanter, são numerosas. Mauro Cappelletti e Bryant Garth as reportam didaticamente:

- 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhe melhor planejamento do litígio;
- 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos;
- 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora;
- 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos;
- e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros³²⁷.

Diante de tal realidade, a morosidade do processo é fator potencializador das disparidades entre as partes³²⁸. A prestação jurisdicional tardia também traz consigo preocupantes efeitos sociais, na medida em que as pessoas se veem desestimuladas a cumprir a lei quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas e indevidas vantagens, das mais diversas naturezas³²⁹.

É nesse exato enquadramento que se faz indispensável a redistribuição do ônus do tempo do processo, como Rogéria Fagundes Dotti expõe:

É verdade que o processo civil, como qualquer outra atividade humana, é necessariamente imerso no tempo. Mas também é correto dizer que esse tempo pode variar de acordo com as normas, com as técnicas e com o procedimento adotado. Ele não deve ser sempre o mesmo. A necessidade de uma longa prova pericial, por exemplo, torna plenamente aceitável que se aguarde um período grande até a decisão favorável. Sem tais elementos, dificilmente a decisão estaria amparada pela segurança jurídica. Por outro lado, se todas as provas requeridas pelo autor já estiverem produzidas, demonstrando a evidência de seu direito, a continuidade do processo torna demasiadamente onerosa essa espera. Nesse caso, o decurso de tempo não mais se justifica. Imagine-se ainda a situação em que, aliada à farta comprovação de seu direito, o autor tenha que aguardar a produção de provas requeridas pelo réu, após a apresentação de uma defesa frágil e inconsistente³³⁰.

A redistribuição do ônus do tempo do processo se dá justamente através de tutelas diferenciadas.

³²⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.*, p. 25. *Idem, ibidem*, p. 25.

³²⁷ *Idem, ibidem*, p. 25.

³²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994, p. 63.

³²⁹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *op. cit.*, 2000, p. 171.

³³⁰ DOTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 27.

5.2. Tutela da evidência: noções gerais

De acordo com Luiz Fux, que defendeu a tese intitulada “Tutela de Segurança e Tutela da Evidência” no concurso para professor titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

Poder-se-ia afirmar que a “tutela da evidência”, através da sumarização formal, está encartada na garantia constitucional do acesso à justiça mediante “tutela adequada e processo devido”, mercê do dever de o juiz prestar uma rápida solução dos litígios, velando pela manutenção do interesse em prosseguir o processo na busca da verdade, dispensando esse prolongamento desnecessário, à luz da efetividade, toda vez que verifique que o “direito evidente” reclama provimento imediato³³¹.

Na mesma diretriz, ao invocar o âmbito constitucional da tutela da evidência, Daniel Penteado de Castro esclarece que:

A antecipação da tutela sem o requisito da urgência está fundada sem o requisito da urgência está fundada na concepção atual do processo justo, senão a necessária observância das garantias que derivam do devido processo legal e, dentre as garantias processuais constitucionais, tem-se a previsão do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF)³³².

Conforme restará delineado a seguir, tem-se, pois, que a tutela da evidência é uma opção legislativa utilizada para redistribuir o ônus do tempo no processo. Tal assertiva é firmada por Marco Félix Jobim:

O tempo de duração do processo dever ser partilhado de igual maneira entre os litigantes, para que não ocorra a violação do princípio da igualdade entre as partes. A tutela de evidência é mecanismo encontrado na legislação processual para equalizar os prejuízos advindos por referido lapso temporal³³³.

Na tentativa de definir a tutela da evidência, surge, como primeira indagação, o que seria um direito evidente.

A expressão “direito evidente” foi cunhada com precisão por Luiz Fux:

A expressão vincula-se àquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do *mandamus* ou do direito documentado do exequente.

³³¹ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 333.

³³² CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014, p. 267.

³³³ JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 188.

São situações em que se opera mais do que o *fumus boni iuris*, mas a probabilidade de certeza do direito alegado, aliada à injustificada demora que o processo ordinário carreará até a satisfação do interesse do demandante, com grave desprestígio para o Poder Judiciário, posto que injusta a espera determinada³³⁴.

Luiz Fux prossegue:

Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontestáveis ou ao menos impassíveis de contestação séria³³⁵.

Por sua vez, Rui Cunha Martins define como evidente o direito que dispensa prova³³⁶.

Já João Paulo Hecker da Silva consigna que:

Nessa linha, a evidência tem vez no direito demonstrado *prima facie* por prova documental que o consubstancie em líquido e certo (na linha do mandado de segurança), nos fatos incontroversos, notórios ou ainda quando se verificar manifesta ilegalidade quanto a questão meramente de direito (como na violação de literal disposição de lei ou ainda em casos de direitos ou demandas fulminadas pela prescrição ou decadência). O casuísmo nos leva longe, como também na produção antecipada de provas, na prova emprestada, nos fatos acobertados pela coisa julgada em outro processo, nos fatos sobre os quais incide presunção de fato ou de direito etc.³³⁷.

Destarte, conclui-se que a evidência do direito será tanto maior quanto mais dispuser o seu titular de elementos de convicção.

O instituto da tutela da evidência assenta-se na seguinte premissa: a parte que demonstra, com razoável grau de probabilidade, ser titular de um direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico (direito evidente) não merece suportar o ônus decorrente da demora necessária para obter a prestação jurisdicional.

Nesse caso, justifica-se a inversão do encargo decorrente do tempo do trâmite do processo e, assim, a entrega – ainda que provisória – do bem da vida pretendido àquele que atesta o direito evidente.

A utilidade da tutela da evidência não está, pois, dirigida a neutralizar um perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*), mas sim a obstar o dano

³³⁴ FUX, Luiz. *op. cit.*, pp. 305-306.

³³⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 311.

³³⁶ *Apud* SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC: da tutela de evidência e da tutela satisfativa: última parte. **Revista de Processo**, v. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2014, p. 151.

³³⁷ SILVA, João Paulo Hecker da. **Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012, p. 147.

decorrente da normal e inevitável demora do processo³³⁸. Em outras palavras, a finalidade precípua da tutela da evidência é a de distribuir de forma mais equânime o ônus do tempo do processo, com vistas à mitigação do já referido dano marginal.

Luiz Guilherme Marinoni, atento à concepção da tutela da evidência, ensina que:

Bem vistas as coisas, tal técnica de tutela jurisdicional destina-se a viabilizar a distribuição do ônus do tempo do processo. Para tanto, a técnica não poderia realmente fugir dos critérios da evidência do direito e da fragilidade da defesa, aptos a permitir que a tutela do direito se dê no curso do processo sem que seja pago o preço do direito de defesa.

Note-se que esta espécie de técnica de tutela dos direitos é o resultado da admissão de que: i) o tempo do processo não pode ser jogado nas costas do autor, como se fosse o culpado pela demora inerente à investigação dos fatos; ii) portanto, o tempo do processo deve ser visto como um ônus; iii) o tempo deve ser distribuído entre os litigantes em nome da necessidade de o processo tratá-los de forma isonômica³³⁹.

Também assim se manifestam Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo:

A técnica encontra razão de ser na necessidade de se distribuir o ônus do tempo no processo: supprime-se o requisito de comprovação ou mesmo de efetiva ocorrência do perigo da demora, frente à presença de elemento capaz de demonstrar a plausibilidade do direito da parte (direito evidente)³⁴⁰.

A necessidade de tutela adequada aos direitos impõe ao legislador infraconstitucional o dever de conferir antecipadamente o bem da vida nos casos em que a evidência do direito postulado em juízo não justifica qualquer retardo na sua realização.

Quem deve arcar com o tempo da instrução processual não é a parte que muito provavelmente tem amparo em sua postulação, mas sim o litigante que pleiteia a produção de prova para, em tese, demonstrar que àquela não assiste razão.

Importante registrar que o instituto da tutela da evidência não se trata de inovação implementada pelo Código de Processo Civil de 2015. A tutela imediata do direito evidente já estava presente no *Codex* revogado, consoante será oportunamente explanado.

Há de se ressaltar que, não obstante a existência conceitual prévia do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, a nomenclatura “tutela da evidência” e sua

³³⁸ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. *In: Tutela provisória no CPC*. BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 472.

³³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 272.

³⁴⁰ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. *op. cit.*, p. 472.

sistematização foram positivadas tão somente com o advento do Código de Processo Civil de 2015³⁴¹. O diploma vigente, inclusive, contém título próprio para tratar da tutela da evidência, ao passo que o Código de Processo Civil de 1973 a regulava como uma das hipóteses da tutela antecipada.

Sob o ponto de vista topográfico, merece destaque a opção legislativa por dedicar livro próprio ao gênero tutela provisória, da qual são espécies a tutela de urgência (cautelar ou antecipada) e a tutela da evidência. Tal conclusão é extraída da redação do artigo 294, *caput*, do Código de Processo Civil em voga, segundo o qual a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

O verbo empregado pelo aludido dispositivo legal tem implicações relevantes. De fato, o fundamento com supedâneo no qual é deferida a tutela provisória – urgência ou evidência – que indica a sua classificação. Invoca-se nesse ponto a lição de Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira:

A tutela provisória foi classificada, no art. 294, do CPC, como tutela de urgência, necessária quando há perigo iminente de dano ou risco ao resultado útil do processo, o que implica a necessidade da obtenção de uma proteção jurisdicional rápida; ou, como tutela da evidência, cuja ocorrência se dá sempre que o magistrado pode, desde logo, reconhecer a presença de uma grande probabilidade da existência do direito³⁴².

O artigo 311, *caput*, do Código de Processo Civil vigente consagra expressamente o entendimento de que a tutela da evidência independe da demonstração de perigo da demora na prestação jurisdicional, em diferenciação clara e indiscutível com a tutela de urgência.

Em comum, o que se infere por regra de hermenêutica, ambas as espécies possuem o atributo da provisoriedade. Ser provisória significa que a tutela tem um tempo de duração predeterminado, não sendo projetada para perdurar indefinidamente³⁴³. O lapso temporal de existência da tutela provisória dependerá da demora para a obtenção da tutela definitiva, pois, ratificada ou revogada em sentença, a tutela provisória deixará de existir. A rigor, opera-se a substituição de uma pela outra³⁴⁴.

³⁴¹ Consoante afirma Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, “no Código de Processo Civil de 1973 a técnica da tutela de evidência não está tratada de forma coesa”. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 187.

³⁴² OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *op. cit.*, p. 199.

³⁴³ O tema já foi abordado no tópico “4.5.1.” desta dissertação.

³⁴⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 505.

Reitere-se que, apesar de serem provisórias, nenhuma das tutelas do gênero são temporárias. Daniel Amorim Assumpção Neves faz tal constatação:

Temporário também tem um tempo de duração predeterminado, não durando eternamente, mas, ao contrário da tutela provisória, não é substituída pela tutela definitiva; simplesmente deixa de existir, nada vindo em seu lugar³⁴⁵.

As espécies de tutela provisória também compartilham da restrição da cognição do plano vertical: o chamado juízo de probabilidade³⁴⁶.

Aqui reside um aspecto relevante: a tutela da evidência não se confunde com o julgamento antecipado (integral ou parcial) do mérito, previsto nos artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, o julgamento antecipado (integral ou parcial) ocorre quando houver esgotamento ou desnecessidade da prova, tratando-se, portanto, de cognição exauriente³⁴⁷.

Leonardo Ferres da Silva Ribeiro coaduna:

A tutela de evidência, contudo, não se confunde com o julgamento antecipado do mérito, na medida em que aquela está pautada em cognição sumária e, portanto, traduz uma decisão revogável e provisória, ao contrário do julgamento antecipado que impõe uma cognição exauriente, um juízo de certeza. Nesse contexto, bem se percebe que a revogabilidade da tutela de evidência, tal como se dá na tutela de urgência, impõe uma modificação na situação fática-probatória, ou, noutras palavras, numa ampliação da cognição³⁴⁸.

Delineados os contornos da tutela da evidência, esta pode ser conceituada como uma técnica de inversão entre as atividades de execução e de cognição, mediante a antecipação provisória e sumária de tutela dissociada da urgência, nos casos em que, apesar da continuidade instrutória, já esteja caracterizada a probabilidade do direito da parte.

³⁴⁵ *Idem, ibidem*, p. 505.

³⁴⁶ Os planos da cognição judicial foram estudados no capítulo “3” desta dissertação.

³⁴⁷ Ainda que o julgamento antecipado parcial do mérito encerre hipótese de cognição exauriente, o respectivo pronunciamento judicial tem natureza jurídica de decisão interlocutória – e desafia recurso de agravo de instrumento. Essa é a lição de Anselmo Prieto Alvarez e Américo Andrade Pinho: “O art. 1.015, inc. II do CPC/2015 (LGL\2015\1656) claramente esclarece que cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre o mérito do processo. Ora, a técnica de ‘julgamento interlocutório de mérito’, como vimos no item 5.1 tem natureza de decisão interlocutória e por versar sobre o mérito do processo deve ser desafiada pela via do agravo de instrumento. Não por acaso o § 5º do artigo 356 do CPC/2015 (LGL\2015\1656) estabelece expressamente, por exemplo, ser o agravo de instrumento o recurso cabível contra a decisão que julga parcialmente a demanda, de forma antecipada. ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. *op. cit.*, p. 225.

³⁴⁸ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 127.

5.3. A probabilidade do direito na tutela da evidência

Defendeu-se no capítulo “4.4.”, sem negar a existência de graus diversos de probabilidade, que é equivocado predeterminar na tutela provisória de urgência a intensidade da cognição sumária, vinculando-a ao tipo de provimento pretendido (se cautelar ou antecipatório)³⁴⁹.

Esse também é o raciocínio, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, de Cassio Scarpinella Bueno:

Cabe insistir, para afastar qualquer azo de formalismo no enfrentamento da questão, que o traço divisório entre o *fumus boni iuris* e a “prova inequívoca da verossimilhança da alegação” é, com o devido respeito dos que pensam diferentemente, mais teórica do que real (...). Não há como avaliar, com precisão matemática, qual o grau de convicção do magistrado a respeito dos pedidos que lhe são formulados e das provas e dos argumentos que lhe dão embasamento. É impossível reduzir a um simples cálculo aritmético ou a padrões matemáticos o quanto alguém está convencido (...). É difícil – para não dizer impossível –, contudo, graduar os níveis intermediários de que quanto se está convencido; quanto uma tese jurídica é mais digna de acolhimento de que a outra ou quanto um argumento é mais plausível que o outro. Não, pelo mesmo, em graus exatos, em uma escala rigorosa³⁵⁰.

A conclusão é forçosa: em regime de urgência, o grau de probabilidade do direito para obter-se uma tutela cautelar ou uma tutela antecipada é rigorosamente o mesmo.

A questão que se coloca é a seguinte: o deferimento de tutela provisória da evidência demanda um grau de probabilidade superior àquele exigido para a concessão de tutela provisória de urgência?

³⁴⁹ Para fins de contextualização, é importante reproduzir novamente a lição de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro sobre o tema: “O *fumus boni iuris* – ou, como também se costuma designar “aparência do bom direito” – ou ainda a *probabilidade do direito* é aqui empregada como sinônimo de uma cognição sumária, não exauriente, sem maiores preocupações em estabelecer graus distintos de intensidade para formar o convencimento do juiz. É, segundo pensamos, o quanto basta para bem situar esse requisito no plano da tutela de urgência; o resto é, com o devido respeito, “ser mais realista que o rei”. Prender-se a uma “escala de grau de convencimento” prévia do juiz, a partir da ideia de que para a proteção cautelar é suficiente mera plausibilidade do direito, enquanto para a antecipação de tutela exige-se algo mais profundo, uma maior probabilidade, traz o sério risco de comprometer a efetividade que se espera da tutela jurisdicional. As teorias existentes acerca dos graus de convencimento do juiz em sede de cognição sumária, em que pese terem um interessante apelo técnico e teórico, não se coadunam com a realidade de uma tutela de urgência. Parece-nos equivocado (pre)determinar a intensidade da cognição sumária, vinculando-a ao tipo de provimento pretendido (se cautelar ou antecipatório)”. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 208.

³⁵⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2012, p. 138.

Antes de enfrentar propriamente o questionamento, urge analisar o próprio conceito de probabilidade, diferenciando-a das definições de verdade e de verossimilhança.

Repise-se que a tutela provisória – gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela da evidência – é fundada em cognição sumária, contrapondo-se à noção de cognição exauriente. Daí, pois, afirmar-se que a tutela provisória não trabalha nos domínios da verdade³⁵¹.

Nos dizeres de Luiz Guilherme Marinoni:

Fala-se que o juiz, ao formar convicção de probabilidade, funda-se em uma cognição sumária, que é uma cognição menos aprofundada em sentido vertical, constituindo uma etapa do caminho do magistrado rumo à cognição exauriente da matéria fática envolvida no litígio. O provimento jurisdicional baseado em cognição exauriente garante a realização plena do princípio do contraditório e, desta forma, aguarda o tempo necessário para que as partes apresentem alegações e produzam provas. Tal provimento não admite a postecipação da discussão do litígio e; por assim dizer, da busca da “verdade e da certeza”³⁵².

Afirmar, no entanto, que a antecipação de tutela não trabalha nos domínios da verdade não significa que o juízo não tenha o dever de formar a sua convicção nela baseado³⁵³. Como aduz Daniel Mitidiero:

O Estado Constitucional está fadado a uma perpétua busca pela verdade, tendo em conta que essa tem uma *valor ético-político* inquestionável para a sociedade. No processo civil, isso quer dizer que não há como se prolatar uma *decisão justa* senão partindo do pressuposto de que o processo visa à busca pela verdade. Dizer que a antecipação de tutela não visa à verdade significa apenas e tão somente dizer que essa se contenta com um juízo de probabilidade a respeito das alegações realizadas pela parte no processo³⁵⁴.

Como é fácil perceber, a cognição sumária e o juízo de probabilidade convidam todos a dirimir os conceitos de verdade, probabilidade e verossimilhança no processo civil.

Daniel Mitidiero encaminha o tema:

³⁵¹ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, p. 117.

³⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 127.

³⁵³ Rogéria Fagundes Dotti faz um aparte sobre tal raciocínio: “A tutela jurisdicional dos direitos é prestada mediante a análise das alegações das partes a respeito das questões de fato e de direito, aliada à produção de provas para a formação da convicção judicial. Ao Poder Judiciário, contudo, não se pode exigir o alcance da essência da verdade. Isso porque, como ela não é atingível, esse seria um escopo que inviabilizaria a prestação jurisdicional”. DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 134.

³⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, pp. 117-118.

A *verdade* – no processo e fora dele – tem de ser compreendida a partir da ideia de *correspondência*. Determinada proposição é verdadeira se ela corresponde à realidade. Perceba-se que nessa linha ela não se confunde de modo nenhum com a *certeza*, que constitui um estado *subjetivo* ligado ao *convencimento* de alguém, não necessariamente reconduzível à realidade. A verdade não é alcançável mediante o *consenso* de várias pessoas ou em face da simples *coerência* entre enunciados – a *crença comum* de várias pessoas de que o nosso planeta é quadrado não tem o condão de transformar a sua forma, assim como a *ausência de contradição interna* entre proposições não assegura a efetiva ocorrência dos fatos nelas representados no mundo externo.

Sendo a verdade objetiva e relativa, a questão que se coloca diz respeito à obtenção da *verdade possível* no processo. Todo *juízo de verdade* encerra um *juízo de probabilidade*. A verdade não é absoluta, de modo que o máximo que se pode oferecer é a sua reconstrução ou prospecção em grau mais ou menos *aproximado* da realidade³⁵⁵.

A probabilidade, por sua vez, constitui descrição em maior ou em menor grau aproximada da verdade. Afirmar que determinada alegação é provável significa dizer que a proposição corresponde, em determinada medida, à verdade. Isso quer dizer que a probabilidade concerne a uma alegação concreta e indica a existência de válidas razões para tomá-la como correspondente à realidade³⁵⁶.

A verossimilhança, de outro lado, não diz respeito à verdade de determinada proposição. Isso significa dizer que a verossimilhança apenas indica a conformidade da afirmação àquilo que normalmente acontece e, portanto, vincula-se à simples possibilidade de que algo tenha ocorrido ou não em face de sua precedente ocorrência em geral³⁵⁷.

Firme em tais razões, Daniel Mitidiero aponta que:

Quando existe a necessidade de *aproximação à verdade*, como há quando o juiz tem de decidir a causa provisória ou definitivamente, já que constitui *condição* para uma *decisão justa* à adequada verificação da verdade a respeito das alegações de fato do processo, importa empregar o conceito de *probabilidade* e não o de *verossimilhança*. Era equivocada, portanto, a alusão que o Código Buzaid fazia ao termo verossimilhança no art. 273, *caput*, CPC. Nesse particular, o Código de 2015 atendeu à crítica da doutrina, falando corretamente em probabilidade em seu art. 300³⁵⁸.

João Batista Lopes também critica, ainda que sob outro prisma, a redação empregada pelo *Codex* revogado:

³⁵⁵ *Idem, ibidem*, pp. 118-119.

³⁵⁶ *Idem, ibidem*, pp. 118-119.

³⁵⁷ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, p. 119.

³⁵⁸ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, p. 121.

A expressão *prova inequívoca* era mesmo *equivocada*... Não se cuidava de exigir do autor prova incontestável dos fatos, mas, sim, elementos que levassem o juiz a convencer-se da *probabilidade* da existência do direito.

Como é curial, se o autor dispusesse de prova documental para amparar seu pedido, ficaria em situação mais confortável para obter a decisão almejada. Todavia, a lei não exigia prova documental, razão por que o juiz não podia desprezar outros meios probatórios avaliados segundo o princípio da persuasão racional, como foi dito. Assim, não se excluía a possibilidade de o autor demonstrar o alegado com pareceres técnicos de profissionais qualificados ou elementos de convicção colhidos em processos anteriores (prova emprestada) ou em produção antecipada de prova.

Com o CPC, unificou-se o requisito exigido para a tutela de urgência (que abrange a cautelar e a antecipada). Agora, para ambas, é indispensável a *probabilidade do direito* (art. 300)³⁵⁹.

A probabilidade envolve um juízo que reúne motivos divergentes e convergentes acerca da verdade, guardando – todos eles – expectativas de estarem certos. Na proposição provável, as razões convergentes à verdade predominam em relação àqueles divergentes³⁶⁰.

Inspirados em tais assertivas, aventadas por Nicola Framarino Dei Malatesta, Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz manifestam que:

A probabilidade ocorre quando há fatos convergentes que suplementam os divergentes, sendo que todos eles possuem credibilidade, enquanto que a certeza se verifica quando as alegações convergentes superam as divergentes, não sendo dignos ou não merecendo qualquer forma de acatamento pelo magistrado, diante dos fatos convergentes³⁶¹.

O exame superficial do direito pretendido pode implicar a configuração de um nível baixo, médio ou elevado de probabilidade. Note-se, todavia, que não é possível auferir determinados índices de probabilidade mediante um critério quantitativo, como, por exemplo, a existência de uma, duas ou três provas, respectivamente, para cada grau.

Via de consequência, a probabilidade exigida para a concessão da tutela provisória – seja de urgência, seja da evidência – deverá ser analisada dentro de cada caso concreto, conforme a valoração dos fatos veiculados e das provas apresentadas.

O artigo 371 do Código de Processo Civil estabelece o sistema da persuasão racional como meio de convencimento, devendo o magistrado utilizar os elementos

³⁵⁹ LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 228.

³⁶⁰ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 153.

³⁶¹ *Idem, ibidem*, pp. 153-154.

probatórios constantes dos autos e motivar a maneira que interpretou cada prova para entender verificada a probabilidade do direito do autor.

Nessa orientação, Daniel Mitidiero assenta que:

O *nível de convicção* exigido sobre as alegações processuais para concessão da antecipação da tutela pode *variar* de maneira significativa de acordo com o direito material debatido em juízo. E isso porque é preciso superar, como observa a doutrina, o péssimo vexo de pensar o processo – e assim a prova etc. – como instituição neutra e indiferente ao direito material. Mesmo no módulo da *cognição sumária*, o nível de certeza exigido do órgão jurisdicional tem de obedecer às particularidades do direito afirmado em juízo.

A variação no nível de probabilidade exigido do julgador para concessão de antecipação da tutela concerne tanto à eventualidade da *dificuldade* ou *impossibilidade da prova* sobre determinada alegação como à *maior ou menor gravidade social* associada ao litígio. A maior ou menor *certeza* sobre a *veracidade* das alegações flutua de acordo com as particularidades do direito material debatido em juízo³⁶².

Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz comungam da mesma opinião acima exposta:

A probabilidade necessária para a concessão da tutela provisória é decorrente de forma como o magistrado avaliou os argumentos e as provas produzidas, a fim de descobrir, pautando-se em cognição sumária, se a antecipação da tutela realmente deverá ser feita dentro do processo ou não.

Não é possível estabelecer espécies de provas e quantidades para ensejar a probabilidade, tendo em vista que a prova necessária para cada direito depende das peculiaridades que variam conforme o caso concreto³⁶³.

A partir das considerações arquitetadas, enfrentando-se a indagação que permeia este capítulo da dissertação, é possível inferir que o deferimento de tutela provisória da evidência não demanda um grau de probabilidade superior àquele exigido para a concessão de tutela provisória de urgência.

Conforme esboçado no capítulo “4.4.” deste trabalho, a “teoria da gangorra”, elaborada por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro para fins de modulação inversamente proporcional do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, não encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio em relação às espécies de tutela de urgência. Tal conclusão, como visto, tem amparo na redação do artigo 300 do Código de Processo Civil³⁶⁴.

³⁶² MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, pp. 130-131.

³⁶³ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 155.

³⁶⁴ Vale transcrever novamente as percepções de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, os quais, reproduzindo o Enunciado n. 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, pregam que: “A redação do artigo do art. 300, *caput*, superou a distinção entre os requisitos da concessão

Com efeito, a concessão tanto da tutela cautelar como da tutela antecipada pressupõe, genérica e conjuntamente, a demonstração da probabilidade do direito (consagrada na doutrina como *fumus boni iuris*) e do perigo de dano, de ilícito ou de comprometimento da utilidade do resultado final que a demora do processo representa (tradicionalmente conhecido como *periculum in mora*).

O fato de a tutela da evidência independender da demonstração do *periculum in mora* não lhe impõe externar probabilidade mais elevada que aquela verificável na tutela de urgência – seja cautelar ou antecipada. O regime da tutela provisória desenvolvido no Código de Processo Civil vigente, tal como sistematizado e – em parte – unificado, não permite conclusão diversa.

Raciocínio diverso implicaria, justamente, reconhecer, ao menos em certa medida, a existência da “teoria da gangorra” – já rechaçada. Ora, se para a concessão de tutela cautelar (conservativa) e de tutela antecipada (satisfativa) não há diferenciação entre os graus de probabilidade do direito invocado, também não o há em relação à tutela da evidência (também satisfativa).

Isso porque a tutela de urgência e a tutela da evidência, conforme exaustivamente pontuado, não espécies do gênero tutela provisória, cuja cognição judicial é sumária.

Há quem distinga a tutela satisfativa de urgência e a tutela satisfativa da evidência pelo grau de cognição exercido pelo magistrado quanto à probabilidade do direito de que se requer a antecipação, pois, “mesmo que nas duas tutelas a cognição seja sumária, não exauriente, na tutela de evidência se exige um conjunto probatório bem mais robusto”³⁶⁵.

Todavia, tal ilação – com a devida vênia – não merece prosperar. A interpretação sistemática do Código de Processo Civil, cuja essência preza pela efetividade da prestação jurisdicional, obstaculiza a suposta diferenciação quanto à intensidade do

para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 607.

³⁶⁵ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 152.

fumus boni iuris ínsito às tutelas provisórias em geral. Como arrematam Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz:

Entretanto, não há razão para fazer distinções quanto ao grau de probabilidade exigível da tutela de urgência e da tutela de evidência, uma vez que elas devem ser averiguadas no caso concreto³⁶⁶.

Sinteticamente, à luz da advertência de Daniel Mitidiero:

Na verdade, basta para que haja a antecipação da tutela fundada no art. 311, CPC, a *maior consistência* de uma das posições jurídicas assumidas pelas partes no processo. Vale dizer: *se a versão mais provável é a do demandante, este merece tutela imediata, ainda que provisória, a fim de que o tempo do processo não seja um peso exclusivamente por ele suportado*³⁶⁷.

Registre-se que a probabilidade do direito aduzido pelo autor não constitui o único requisito para a obtenção da tutela da evidência, a qual está intimamente atrelada ao oferecimento de defesa inconsistente pelo réu. De fato, na ótica de Luiz Guilherme Marinoni:

Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela da evidência, contudo, são necessárias a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização da primeira. A defesa deve ser frágil, de modo que o seu exercício, ao dilatar a demora do processo, configure abuso. Note-se, aliás, que ao lado do inciso I do art. 311 – que fala expressamente em abuso de direito de defesa –, os demais incisos deste artigo representam hipóteses em que o direito é evidente e a defesa de mérito deve ser frágil³⁶⁸.

A inconsistência da defesa também é levantada por Daniel Mitidiero, ao lado da probabilidade do direito, como requisito para a obtenção da tutela provisória da evidência:

Como regra, a concessão da tutela da evidência depende do cotejo entre as posições jurídicas do autor e do réu no processo: é dessa comparação que será oriunda a noção de evidência. Isso porque a base da tutela da evidência está ligada ao oferecimento de defesa inconsistente – que normalmente pressupõe o seu exercício. Ocorre que em algumas situações o legislador desde logo presume que a defesa será inconsistente (art. 311, II e III, do CPC). Nesses casos, em que a defesa provavelmente será inconsistente, o legislador permite a concessão de tutela da evidência liminarmente (arts. 9º, parágrafo único, inciso II, e 311, parágrafo único, CPC). Nos demais casos a concessão de tutela da evidência só pode ocorrer depois da contestação³⁶⁹.

³⁶⁶ *Idem, ibidem*, p. 152.

³⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, p. 167.

³⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 278.

³⁶⁹ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, p. 169.

Em rigor, tem-se na tutela da evidência que a probabilidade do direito do autor emerge não somente de seus argumentos, mas também da própria apresentação de defesa frágil pelo réu ou da inviabilidade, presumida pelo legislador, de o réu se defender consistentemente em certas hipóteses³⁷⁰.

Isso, por si só, não significa que caiba ao autor atestar uma probabilidade maior do direito tido por evidente quando comparada com a hipótese da tutela de urgência³⁷¹. Assim, afasta-se a arguição de alguns juristas no sentido de que, para a concessão da tutela provisória da evidência, seria imprescindível um alto grau de verossimilhança das alegações do autor³⁷². Na verdade, basta que, no caso concreto, o autor tenha maiores chances que o réu de se sagrar vencedor na demanda.

Passa-se, na sequência, a analisar os aspectos históricos que norteiam o instituto da tutela da evidência.

5.4. Concisa notícia histórica da tutela da evidência

A origem da tutela da evidência está indissoluvelmente ligada ao surgimento dos procedimentos expeditos de satisfação imediata³⁷³. Luiz Fux dedicou-se exaustivamente ao estudo do tema:

Nesse campo, nenhuma especulação se inaugura senão sob o signo dos “interditos romanos”. Eles serviram de base a todos os procedimentos monitórios injuncionais, máxime, consoante se verificou em algumas passagens deste trabalho, que a utilização desses remédios expeditos ocorria em mais de setenta casos.

Os interditos admitiam a expedição de ordens definitivas sem mais indagações sobre os fatos, exatamente porque evidenciado o direito do postulante³⁷⁴.

³⁷⁰ Vale, nesse ponto, transcrever o que diz Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “Isso porque, mercê da defesa inconsistente e/ou procrastinatória apresentada pelo réu, o direito do autor fica ainda mais evidenciado, emergindo maior probabilidade de vitória da sua pretensão”. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 191.

³⁷¹ Como conclui José Roberto dos Santos Bedaque: “Ou seja, a existência do direito é provável não só pelos argumentos deduzidos pelo autor, como por aqueles apresentados na defesa”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 326.

³⁷² Bruno Vinícius da Rós Bodart defende que a concessão da tutela provisória da evidência depende do “alto grau de verossimilhança das alegações do autor”. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 158.

³⁷³ O assunto foi tratado com profundidade no tópico “4.1.” desta dissertação.

³⁷⁴ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 324.

À luz dessa evidência, os procedimentos pretórios permitiam um *decretum* nas obrigações de fazer e um *interdictum* nas obrigações de não fazer.

Nessa diretriz, Eduardo Talamini relaciona a criação dos interditos à necessidade de proteção de determinadas situações não abrangidas pelas normas do *ius civile*, autorizando os pretores a se valerem de meios complementares para a tutela dos direitos:

Através do interdito, o pretor expedia ordem a pedido de um particular para que outro particular fizesse (interdito restitutivo e exhibitivo) ou deixasse de fazer algo (interdito proibitivo)³⁷⁵.

Anota Humberto Cuenca a respeito dos interditos que existe:

Aún desde la epoca remota de las acciones de la ley, un conjunto de procedimientos especiales que se desenvuelven en una instancia, *in iure*, delante del magistrado, quien con conocimiento de causa resuelve él mismo las cuestiones presentadas por las partes, bien unilateral o bilateralmente, mediante órdenes, decretos y otras disposiciones, algunas veces liberando formulas para la investigación de hechos y otras decidiendo la cuestión con carater definitivo, salvo los recursos de apelación³⁷⁶.

Uma das características dos interditos era a sumariedade da cognição, de forma que estava o pretor autorizado a presumir a veracidade das alegações de fato apresentadas pelo requerente. Isso fazia com que o interdito concedido se tornasse definitivo. Se a ordem não fosse cumprida, instaurava-se o procedimento pela via ordinária, sendo que bastava o descumprimento para que surgisse a necessidade de investigação a respeito da veracidade dos fatos que deram ensejo ao interdito³⁷⁷.

Acrescente-se, outrossim, que a técnica da tutela imediata da evidência, com a resposta *initio litis*, era também da sistemática dos interditos. A título ilustrativo, transcreve-se outra passagem da obra de Humberto Cuenca:

El pretor acuerda el interdicto por el solo hecho de la solitudine, sin averiguar se los hechos acusados son ciertos o no, pues caso de no ser ciertos y de quererlo el demandado, puede este acudir em juicio ordinario mediante la formula correspondiente, a demostrar: o bien que no ejecutó e lacto danoso, o bien que

³⁷⁵ TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória:** a “ação monitória” – Lei 9.079/95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pp. 30-31.

³⁷⁶ *Apud* FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 324.

³⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.*, p. 31.

su acto se encuentra dentro del ejercicio de los derechos que legítimamente le corresponden³⁷⁸.

Mais adiante, Humberto Cuenca explicita o procedimento interdital:

La orden se basaba em el supuesto de que los hechos de negativa de restitución, exhibición etc., fueran ciertos; pero la violación a la sinceridad de este supuesto implicaba penas de orden pecuniario³⁷⁹.

Conforme já delineado no tópico “4.1.” desta dissertação, a baixa Idade Média presenciou reformas – especialmente nas cidades italianas – com a finalidade de conferir celeridade e eficiência ao processo. Tratou-se de reação à lentidão e à complexidade do rito ordinário.

Essas modificações eram preponderantemente relacionadas à simplificação ou à sumarização do procedimento, não da cognição. Ocorre que, nessa mesma época, desenvolveram-se também os chamados processos sumários determinados – com cognição superficial, parcial ou mesmo inexistente acerca do mérito da pretensão posta em juízo³⁸⁰.

São exemplos a execução *per officium judicis* da sentença condenatória e a criação da execução fundada em instrumentos de dívida lavrados perante o tabelião (*instrumenta guarentigiata*), a qual se iniciava com a prática de atos constritivos sobre o patrimônio do devedor. Competia a este, se tivesse razões para tanto, vir a suspender a atividade executiva³⁸¹.

Nos casos descritos, a evidência do direito representado de forma específica dava ensejo a uma modificação procedimental que permitia a entrega mais célere da tutela jurisdicional³⁸².

A sistemática narrada expandiu-se pelo Direito europeu e pelo Direito latino-americano³⁸³, notadamente no âmbito da tutela possessória. Segundo constata Luiz Fux:

³⁷⁸ *Apud* FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 325.

³⁷⁹ *Idem, ibidem*, p. 325.

³⁸⁰ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.*, p. 32.

³⁸¹ Para José Aurélio de Araújo, a origem da tutela da evidência fundada em prova documental está no *processus summarius executivus*. ARAÚJO, José Aurélio de. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do projeto do novo Código de Processo Civil. *In: Revista de Processo*, v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2012, p. 215.

³⁸² TALAMINI, Eduardo. *op. cit.*, p. 32.

³⁸³ José Roberto dos Santos Bedaque noticia que “[...] existem no direito anglo-americano técnicas voltadas para a obtenção de tutela sumária definitiva. Na Inglaterra existe previsão expressa de pagamento

O processo português conhece a ação de esbulho violento, onde a tutela do direito evidente do esbulhado é imediata. França, Itália, Alemanha, Chile, Argentina, Bolívia e Peru adotam também o processo sumário para a tutela urgente³⁸⁴.

No Brasil, defendeu-se a adoção dos interditos, tendo emergido, sob a orientação de Rui Barbosa, a doutrina da posse dos direitos pessoais. Sobreveio, ademais, a utilização do *habeas corpus* para a defesa da posse de qualquer espécie de direito, não se limitando à proteção do direito de locomoção³⁸⁵.

Com a reforma constitucional de 1926, todavia, o *habeas corpus* retomou sua concepção original, restrita à defesa do direito de locomoção, o que culminou com a criação do mandado de segurança na Carta de 1934. O *mandamus* já possuía, então, o rito célere dos interditos e a feição constitucional do *habeas corpus*.

Registre-se que, atinente ao mandado de segurança, a Constituição de 1934 fazia constar a expressão direito “certo e incontestável”, ao passo que a de 1967, “direito líquido e certo” – expressão que se manteve no artigo 5º, inciso LXIX, da Carta de 1988.

Daí se concluir, na concepção de Luiz Fux, que:

A exposição do direito evidente, assim, passou a ser condição da ação de mandado de segurança e sua existência, requisito de provimento, na acepção das escolas de Chiovenda e Liebman, com ascendência deste último sobre o direito brasileiro, em razão da notícia histórica antes revelada.

Ademais, essa incontestabilidade do direito e sua conseqüência evidência sugerem a sumarização procedimental encetada pelo legislador. Positivamente não é o ato abusivo da autoridade que enseja o procedimento do *mandamus*, senão a evidência do direito. Direito líquido, como afirmava Castro Nunes, é aquele “escoimado de dúvidas” ou calcado em fatos incontestáveis, como preferia Costa Manso.

Destarte, o direito brasileiro manteve-se, também, fiel à doutrina dos interditos e sua técnica de proteção do direito evidente. O nosso Código Civil [de 1916] contempla, numa certa “gradação da evidência”, a autotutela, a sumariedade da tutela possessória e a ordinariade diante da incerteza inicial. Essa própria diferença procedimental na tutela possessória denota de uma eleição no direito nacional por uma tutela diferenciada, conforme seja ou não evidente o direito alegado.

É possível mesmo vaticinar que em todas as hipóteses de “autotutela”, ainda legitimadas, subjaz uma situação de “evidência”³⁸⁶.

antecipado, com o objetivo de poupar o autor dos incômodos causados pela espera da solução final”. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 39.

³⁸⁴ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 326.

³⁸⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014b, pp. 3-5.

³⁸⁶ FUX, Luiz. *op. cit.*, p. 328.

Há outras hipóteses em que a evidência é tutelada pela legitimidade da rápida resposta judicial, independentemente da demonstração de *periculum in mora*. Luiz Fux as discrimina exemplificativamente:

No mesmo diapasão, os procedimentos satisfativos que prevêm a concessão inicial de “sentença liminar”, como o despejo liminar irreversível, a nunciação de obra nova *initio litis*, inclusive com possibilidade de embargo extrajudicial, e os embargos de terceiro contra o “esbulho judicial”³⁸⁷.

Traçado o esboço histórico do instituto, a seguir se examina a tutela provisória da evidência no Direito comparado, especificamente nos ordenamentos jurídicos francês e italiano.

5.5. A tutela da evidência no Direito comparado

5.5.1. Ordenamento jurídico francês

Antes de se adentrar propriamente na análise das particularidades atinentes à tutela provisória da evidência no sistema processual francês, cumpre estabelecer pontuais considerações acerca do provimento decisório sem acerto.

Segundo assinala Bruno Vinícius da Rós Bodart:

O provimento decisório sem acerto é a forma mais radical de rompimento com o tradicional dogma da coisa julgada como característica inerente à jurisdição. A decisoriedade diz respeito aos provimentos idôneos a produzir uma *utilitas*, i.e., a tutelar um interesse relevante da parte. Por sua vez, o acerto é a aptidão da decisão a fazer coisa julgada, tornando imutável o comando nela contido. Bem definidos os conceitos, insta assentar que a função jurisdicional decisória pode fazer-se acompanhar ou não do acerto³⁸⁸.

Trata-se da técnica da decisoriedade simples: o provimento será decisório, por ter como objeto um bem da vida, mas não fará coisa julgada, pois não decide sobre tal objeto de maneira definitiva e imutável³⁸⁹.

Nos provimentos decisórios sem acerto, a nota característica é a vontade do autor de renunciar à segurança jurídica ofertada pela coisa julgada para obter, em

³⁸⁷ *Idem, ibidem*, p. 329.

³⁸⁸ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 100.

³⁸⁹ *Idem, ibidem*, pp. 100-101.

contrapartida, a prolação de uma decisão que tutele seus interesses de forma mais célere³⁹⁰.

O modelo mais aclamado dos provimentos decisórios sem acerto surgiu na França, com as chamadas *ordonnances de référé*³⁹¹. Acerca do *référé*, no sistema francês, Rogério Fagundes Dotti aduz que:

De fato, essa forma de tutela sumária, assecuratória ou satisfativa e baseada na oralidade, adquiriu uma importância enorme na França. Trata-se, sem dúvida, de um fenômeno de grande popularidade e aceitação. Não apenas entre os jurisdicionados, mas também entre os operadores do direito em geral. Ele encarna a figura de um Poder Judiciário mais próximo do cidadão. Tanto é assim que é considerado uma das feições mais familiares da justiça. Isso se deve, primordialmente, a dois fatores: simplicidade e eficácia³⁹².

O *référé* consistia, inicialmente, em uma medida judicial apenas de urgência, a qual autorizava providências de natureza cautelar ou satisfativa. Com o tempo, o sistema francês ampliou a aplicação desse instituto, passando a prever também uma outra figura, denominada *référé-provision*. Para este último, passou a ser suficiente a caracterização da evidência do direito, dispensando-se, assim, o requisito da urgência³⁹³.

A origem do *référé* francês é resumida por Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz:

O *référé* surgiu com a previsão de natureza cautelar, no século XVII, com o Chatelê de Paris, quando a fortificação passou a estabelecer a sede da jurisdição francesa. Em 1685, as partes já poderiam comparecer ao local e requerer uma tutela cautelar. Atualmente, o *référé* possui aplicabilidade em todo o território francês e engloba medidas cautelares e antecipatórias³⁹⁴.

³⁹⁰ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 101.

³⁹¹ Como observam Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz: “A França possui uma apurada disciplina acerca das tutelas provisórias em seu ordenamento jurídico, sendo conhecidas como *ordonnances de référé*. O direito provável recebe especial atenção pelo sistema jurídico francês, que estabelece a sua tutela sem a constatação da urgência mediante o *référé-provision*”. CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 128.

³⁹² DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, pp. 66-67.

³⁹³ Nos dizeres de Rogéria Fagundes Dotti: “O *référé* guarda relação com as *ordonnances de provision* do processo romano canônico, tendo sido amplamente aplicado entre os séculos XIV e XVI. A possibilidade de concessão do *référé* foi mencionada no *Code Louis*, de 1667 (Título XVII, arts. 14 a 17). Seus dispositivos iniciais adotavam uma noção de urgência a partir da ideia do *periculum in mora*. O art. 5º, por exemplo, previa a prestação de alimentos e tudo o que exigisse celeridade (*tout ce qui requiert célérité*). Mas, além disso, em todas essas situações, a sentença de primeiro grau teria uma executividade imediata, mediante a prestação de caução, como determinava o art. 13”. DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 69.

³⁹⁴ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, pp. 128-129.

Bruno Vinícius da Rós Bodart também se debruçou sobre esse ponto:

O *Référé* francês, nas suas origens, só era cabível em matérias de urgência; o *Code de Procédure Civile* de 1975 (que trata do regime geral sobre a matéria nos arts. 484 e ss.) ampliou as hipóteses de cabimento, no intuito de favorecer a celeridade, o que foi visto com bons olhos pela jurisprudência daquele país. Ao lado do *référé en cas d'urgence*, foram adicionadas diversas espécies de provimentos: *référé de remise en état*, *référé en cas de dommage imminent ou de trouble manifestement illicite* (art. 809, § 1.º, do CPC francês), *référé provision* (art. 809, § 2.º), *référé-injonction* (igualmente, art. 809, § 2.º) e *référé-préventif ou probatoire* (art. 145)³⁹⁵.

Especificamente quanto ao *référé provision*, que independe de urgência e é muito utilizado em matéria de responsabilidade civil, a pretensa vítima pode requerer que o juiz lhe adiante certa quantia, a título de provisão; se a obrigação não for seriamente contestável, a provisão deve ser concedida – a teor do artigo 809, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil francês. Trata-se de uma tutela baseada na evidência do direito que fundamenta a demanda, pela sua manifesta incontestabilidade³⁹⁶.

Artur César de Souza também se manifestou sobre o aludido dispositivo legal:

Nos termos da alínea 2ª do art. 809 do *Code de Procedure Civile*, o presidente do *tribunal de grande instance* pode conceder medidas conservativas ou restitutórias quando a obrigação afirmada pelo requerente não lhe parecer “seriamente contestável”, podendo ele conceder ao credor uma “*provisión*” ou ordenar o cumprimento da obrigação, mesmo que se trate de uma obrigação de fazer. Acentua a doutrina que o *référé* se vai despedindo, em hipóteses assim, da feição provisória que lhe era inerente, para adquirir a fisionomia de julgamento definitivo³⁹⁷.

É indubitável que o *référé provision* tem por finalidade antecipar a futura decisão de mérito. De fato, consubstancia-se em típica antecipação, pois admite, em caso de ausência de defesa séria, a execução imediata. Vale repisar: a concessão da *provision* independe da demonstração de urgência.

Por sua própria natureza, o procedimento é baseado em cognição sumária, de modo que a ordens de *référé* são revogáveis. Todavia, apesar de ser uma tutela sumária, o *référé provision* pode se tornar definitivo na hipótese de as partes, após a satisfação do direito, não aduzirem interesse no prosseguimento do processo³⁹⁸.

³⁹⁵ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, pp. 101-102.

³⁹⁶ *Idem, ibidem, op. cit.*, p. 102.

³⁹⁷ SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017, p. 69.

³⁹⁸ *Idem, ibidem*, p. 69.

Importante salientar que no *référé* o contraditório é assegurado na forma antecipada, ou seja, antes da prolação da respectiva decisão³⁹⁹. Essa é a ponderação feita por Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz:

Além disso, constata-se que o *référé-provision* permite a antecipação satisfativa da tutela jurisdicional quando o direito provável do autor não é impugnado pela não apresentação de contestação séria. Portanto, há a apresentação de defesa pelo réu, mas esta não contém argumentos influentes e suficientes para refutar os raciocínios e justificativas que respaldam o direito do pleiteante. Dessa forma, o *référé-provision* não permite concessão liminar da tutela satisfativa do direito do requerente⁴⁰⁰.

Em suma, à luz das percepções de Rogéria Fagundes Dotti, tem-se que:

Entre as características do *référé*, destacam-se a simplicidade, a oralidade e a dispensa de maiores formalidades. Nesse sentido, afirma-se que ele constitui uma aplicação do pragmatismo francês, no qual há uma preocupação maior com a efetividade do que com as regras formais⁴⁰¹.

A autora arremata: “o *référé* é marcado por cinco características principais: celeridade, simplicidade, contraditório prévio, provisoriedade e eficácia imediata”^{402 403}.

5.5.2. Ordenamento jurídico italiano

Giuseppe Chiovenda já apontava que alguns provimentos possuíam uma função executória anormal, porquanto desvinculada da definitividade peculiar à função jurisdicional. O jurista italiano reuniu tais provimentos sob o gênero de “acertamentos com predominante função executiva”, considerando que, em todos esses casos, a cognição seria incompleta⁴⁰⁴. O próprio Giuseppe Chiovenda reconhece que a expressão “acertamento” não é utilizada, aqui, em seu sentido próprio, uma vez que não se refere a uma declaração apta a gerar certeza jurídica⁴⁰⁵.

³⁹⁹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 103.

⁴⁰⁰ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 136.

⁴⁰¹ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, pp. 67-68.

⁴⁰² DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 70.

⁴⁰³ Nessa esteira, Bruno Vinícius da Rós Bodart discrimina os objetivos do *référé* francês: “Percebe-se, portanto, que quatro objetivos são alcançados: a solução do litígio; a celeridade; a economia processual; e a prevenção contra o abuso do direito de defesa por parte do réu”. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 105.

⁴⁰⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009, p. 299.

⁴⁰⁵ *Idem, ibidem*, pp. 300-301.

Uma das espécies de acerto com predominante função executiva refere-se aos procedimentos monitórios ou injuncionais. A outra espécie diz respeito às condenações com reserva de exceções⁴⁰⁶. A origem de tal instituto está no procedimento executivo-documental do período medieval, o qual assegurava ao credor, mediante a apresentação de uma prova escrita, a pronta satisfação de seu crédito⁴⁰⁷.

Observa-se o instituto da condenação com reserva de exceções sempre que a decisão liminar tiver o condão de tornar-se desde logo executiva caso o demandado não ofereça prova escrita em sentido contrário, reservando-se para uma fase processual subsequente o exame das questões que exijam prova demorada e complexa⁴⁰⁸.

O conceito é esmiuçado por Rogéria Fagundes Dotti:

A condenação com reserva de exceções consiste em uma técnica processual do direito italiano que permite a distribuição do tempo do processo de acordo com a necessidade de instrução. Com base na prova suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, aliada à inconsistência das exceções opostas pelo réu, o juiz pode conceder um provimento condenatório de eficácia imediata, mas sob condição resolutive. Assim, independentemente da urgência, uma vez comprovado o fato constitutivo do direito e havendo exceções opostas pelo réu que dependam de dilação probatória, o juiz pode, desde logo, condenar o réu a adimplir a obrigação, relegando para uma segunda fase o exame das referidas exceções. Com isso, o autor suporta a duração do processo necessária para a aferição dos fatos constitutivos de seu direito, incumbindo ao réu suportar o tempo restante, para a prova dos fatos que fundamentam suas exceções⁴⁰⁹.

Luiz Guilherme Marinoni complementa:

No direito italiano são conhecidas hipóteses típicas de condenação como reserva, como, por exemplo, a do art. 1.462 do Código Civil (...). Essa norma disciplina as cláusulas limitativas da apresentação de exceções. São as cláusulas com as quais uma parte – de acordo com o princípio chamado de *solve et repete* – subordina o direito de suscitar exceções em juízo ao prévio cumprimento das obrigações contratuais. A cláusula assegura a uma das partes o cumprimento imediato da prestação contratual, obtido através da suspensão provisória dos meios de tutela predispostos pelo ordenamento. Isto quer dizer que a exceção do réu somente poderá ser conhecida pelo juiz depois da condenação, que é considerada, por isso mesmo, uma condenação com reserva⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 97.

⁴⁰⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 55.

⁴⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 254-255.

⁴⁰⁹ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, pp. 54-55.

⁴¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 285.

O instituto sob exame tem por peculiaridade o fato de se basear em juízo de certeza acerca dos fatos constitutivos do direito do autor, ao passo que se funda em deliberação sumária no que tange aos fatos modificativos, impeditivos ou extintivos daquele direito⁴¹¹.

Em outras palavras, Rogéria Fagundes Dotti confirma que:

Trata-se de um procedimento que se caracteriza pela cognição exauriente em relação aos fatos constitutivos do direito do autor e, ao mesmo tempo, por uma deliberação sumária quanta à *infondatezza* das exceções opostas pelo réu. Há, nesse passo, as ideias de probabilidade do direito e fragilidade da defesa⁴¹².

A bem dizer, há a prolação de um provimento provisório de condenação, com a reserva de que a análise profunda das provas relativas às defesas de mérito possa elidir tal provimento. Uma vez proferida a decisão, o processo prossegue para a cognição exauriente das exceções, com vistas ao acerto definitivo⁴¹³.

Tem-se, pois, o afastamento do princípio de que o juiz deve conhecer todas as exceções apresentadas pelo réu antes de proferir a decisão. Também resta demovida a noção de que a inversão das atividades jurisdicionais depende da urgência. Na condenação com reserva, o magistrado simplesmente inverte essa ordem, mesmo sem haver qualquer *periculum in mora*⁴¹⁴.

Por isso, Artur César de Souza acentua que:

A tutela antecipada de julgamento de mérito concedida com base no art. 186-bis do C.P.C. italiano tem por finalidade critérios de evidência, uma vez que o juiz instrutor defere à parte o *pagamento de somas não contestadas* pela parte contrária, ou seja, de valores *incontroversos*. A evidência decorre dessa falta de impugnação ao pedido formulado⁴¹⁵.

O exemplo de condenação com reserva de exceções costumeiramente referido pela doutrina italiana é a chamada *ordinanza provvisoria di convalida di sfratto* (decisão provisória de ratificação de despejo), também denominada *ordinanza di rilascio con riserva*, prevista no artigo 665 do *Codice di Procedura Civile* italiano. Prevê este dispositivo legal que, se o réu comparece e opõe exceções não fundadas em prova

⁴¹¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 97.

⁴¹² DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 55.

⁴¹³ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 97.

⁴¹⁴ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 55.

⁴¹⁵ SOUZA, Artur César de. *op. cit.*, 2017, p. 68.

escrita, o juiz, a requerimento do locador, acaso não existirem graves motivos em contrário, deve pronunciar decisão não impugnável concessiva do despejo, imediatamente executável, com reserva das exceções do demandado⁴¹⁶.

O instrumento em comento, todavia, não é isento de críticas. O principal problema reside na sua aplicação de forma típica, sendo autorizada apenas para algumas situações específicas. O artigo 1.462 do Código Civil italiano, por exemplo, estabelece limitações à possibilidade das partes, em contrato, preverem que eventuais exceções só poderão ser analisadas após o cumprimento da obrigação. Segundo esse dispositivo, isso não será aplicável quando as exceções disserem respeito à nulidade, anulabilidade ou rescisão do contrato⁴¹⁷.

A advertência é, novamente, de Rogéria Fagundes Dotti:

Comparando os sistemas italiano e francês, é de particular interesse o caráter atípico do *référé-provision*, uma vez que ele pode ser concedido em todos os casos de obrigação não seriamente contestável. Não há limites tampouco em relação à matéria objeto da apreciação judicial, sendo possível a ordem de *référé* nas ações civis e comerciais, qualquer que seja a natureza da obrigação (contratual ou extracontratual). A crítica que se faz a respeito dessa tipicidade é bastante pertinente. Isso porque o sistema italiano trata situações semelhantes de formas diferentes, permitindo que algumas obrigações tenham a possibilidade de satisfação antecipada, enquanto outras tenham de aguardar o término da instrução. Tal incoerência afasta, em parte, a justificação lógica e sistemática que constitui a base do próprio instituto⁴¹⁸.

O temperamento também é manifestado por Luiz Guilherme Marinoni:

É inegável que uma série de situações concretas, que estão à margem das hipóteses tipificados no direito italiano, exigem a condenação com reserva para que o tempo do processo seja suportado pela parte que tem necessidade da instrução da causa⁴¹⁹.

Tal como no *référé* francês, a condenação com reserva de exceções do ordenamento jurídico italiano exige a prévia assunção do contraditório⁴²⁰.

Visto, portanto, que a técnica da antecipação da tutela dissociada da urgência constitui uma realidade importante na Itália e na França. Ela vem sendo reconhecida pela

⁴¹⁶ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 98.

⁴¹⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 56.

⁴¹⁸ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 60.

⁴¹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, p. 286.

⁴²⁰ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 140.

doutrina e amplamente aplicada pela jurisprudência. Tais experiências estrangeiras notoriamente serviram de inspiração para o legislador brasileiro.

5.6. A tutela da evidência no Código de Processo Civil de 1973

Conforme sinalizado no capítulo “5.2.” desta dissertação, não se trata a tutela imediata do direito evidente de novidade no ordenamento jurídico processual brasileiro. De fato, essa técnica já estava prevista no Código de Processo Civil de 1973. Nos dizeres de Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo:

A tutela imediata do direito evidente já estava presente, entre outros, no procedimento monitório, nas liminares em matéria locatícia, nas demandas possessórias, nos embargos e na impugnação ao cumprimento de sentença que versam excesso de execução (CPC de 1973, arts. 739-A, § 5º, e art. 475-L, § 2º) e na própria antecipação dos efeitos da tutela prevista pelo art. 273 do CPC de 1973 em suas hipóteses do inciso II (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu) e § 6º (incontrovérsia)⁴²¹.

Anna Paola de Souza Bonagura confirma que:

Embora tenha ganhado previsão específica no NCPC, a tutela de evidência não é uma figura processual nova, já que pode ser visualizada, ainda que não com esta terminologia, em alguns procedimentos diferenciados previstos no CPC/1973 e na legislação extravagante vigente⁴²².

A lembrança também é feita por Rogéria Fagundes Dotti:

No Brasil, com a alteração implementada no Código Buzaid pela Lei nº 8.952/1994, o art. 273, II, passou a admitir a antecipação da tutela nos casos dissociados da urgência. De qualquer forma, exigia-se a hipótese do abuso do direito de defesa ou do propósito protelatório do réu⁴²³.

Quanto ao inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973, pode-se dizer que se tratava, por expressa disposição legal, de hipótese de antecipação de tutela quando, havendo prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor, ficasse

⁴²¹ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. *op. cit.*, pp. 471-472.

⁴²² BONAGURA, Anna Paola de Souza. Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Grandes temas do novo CPC**: tutela provisória, v. 6. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 396.

⁴²³ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 172.

“caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”⁴²⁴.

José Roberto dos Santos Bedaque alinha acerca do tema que:

Sua admissibilidade está condicionada a dois requisitos: prova inequívoca da verossimilhança, ou seja, elementos probatórios suficientemente fortes para formar a convicção do juiz a respeito da existência do direito do direito afirmado pelo autor (...). Ao lado desse quadro probatório favorável ao autor, verifica-se a fragilidade da resposta do réu, que deduz argumentos inaplicáveis ao caso concreto ou procura se valer do processo apenas para protelar a solução final⁴²⁵.

Nesse sentido, a defesa apresentada pelo réu deveria mostrar uma característica de embaraço à justa pretensão do autor, afastando-se dos limites estabelecidos pelo princípio da ampla defesa e resvalando em uma postura assemelhada à litigância de má-fé regulada pela legislação brasileira. Competia ao magistrado, pois, analisar o comportamento do réu para distinguir se este estava usando ou abusando do seu direito de defesa⁴²⁶.

Sabido que, em consonância com João Batista Lopes, “ampla defesa não significa, pois, defesa ilimitada, mas defesa adequada à natureza do processo em que é exercida”⁴²⁷.

É por isso que José Roberto dos Santos Bedaque assim aduz:

Na situação do inciso II do art. 273 a razão de ser da antecipação é completamente outra, não vinculada ao perigo de dano. Aqui, a situação descrita revela a existência de postura assemelhada à litigância de má-fé, já regulada pelos arts. 16 a 18 do Código. De fato, a possibilidade de os efeitos serem antecipados em razão do comportamento assumido pelo réu, consistente em apresentar defesa despida de seriedade, não está ligada a perigo de dano concreto. Destina-se tão-somente a agilizar o resultado do processo, pois o direito afirmado pelo autor é verossímil, circunstância que vem reforçada pela inconsistência dos argumentos utilizados pelo réu em sua resposta⁴²⁸.

⁴²⁴ Nesse caso, como observa Daniela Jorge Milani: “Havendo prova inequívoca da verossimilhança do direito e não podendo o réu opor contestação séria, deverá o juiz, desde logo, conceder a tutela antecipada”. MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. *In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, v. 59, 2014. p. 95.

⁴²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 327.

⁴²⁶ ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996, pp. 98-101.

⁴²⁷ LOPES, João Batista. *op. cit.*, 2001, p. 63.

⁴²⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 326.

A necessária caracterização de uma conduta abusiva sempre restringiu demasiadamente a aplicação dessa valiosa ferramenta de antecipação. De um lado, havia a dificuldade na avaliação judicial quanto à própria abusividade. De outro, verificava-se uma certa timidez de advogados e juízes para fazer valer da lei.

Rogéria Fagundes Dotti relata a resistência verificada em relação ao instituto na égide do Código de Processo Civil de 1973:

Na dúvida, melhor era não antecipar. Esse foi o raciocínio que dominou tal período. Raramente eram impostas multas pela litigância de má-fé. E eram igualmente raros os casos de antecipação da tutela por abuso processual⁴²⁹.

Nesse sentido, destacava-se que muitos magistrados não haviam se conscientizado de que a adequada utilização da antecipação da tutela poderia controlar os efeitos corrosivos do tempo no processo, especialmente nos casos de abuso do direito de defesa e manifesto propósito protelatório das partes⁴³⁰.

Observe-se que, ao reduzir a probabilidade de punição, o Poder Judiciário, lamentavelmente, estimulava as condutas de má-fé e diminuiu a expectativa de sanção para os maus litigantes⁴³¹.

Consoante alhures tangenciando, notadamente a partir das lições transcritas, a antecipação da tutela prevista no inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973 não estava condicionada à demonstração do *periculum in mora*, constituindo verdadeira hipótese de tutela provisória da evidência.

O perigo da demora – também cumulado com a apresentação de prova inequívoca da verossimilhança das alegações do autor – era fundamento apenas para a concessão da tutela antecipada insculpida no inciso I do artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973⁴³².

⁴²⁹ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 172.

⁴³⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003, p. 165.

⁴³¹ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 557.

⁴³² Como sintetiza Leonardo Ferres da Silva Ribeiro: “Resumidamente, pode-se dizer que a principal nota distintiva entre a antecipação de tutela do inc. I e aquela do II do art. 273 do CPC/1973 residia no fato de que aquela (inc. I) estava caracterizada pela presença do requisito do *periculum in mora*, enquanto esta (inc. II) não o exigia. A primeira era, pois, uma modalidade de tutela de urgência, ao passo que a segunda não o era. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 194.

De forma didática, tem-se que a prova inequívoca da verossimilhança era requisito comum para a concessão da tutela antecipada calcada nas hipóteses dos incisos I e II do referido dispositivo legal revogado, mas estes não eram cumuláveis entre si.

Essa distinção era comentada por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Requisitos para a concessão da tutela: *periculum in mora*. Duas situações, distintas e não cumulativas entre si, ensejam a antecipação dos efeitos da tutela de mérito. A primeira hipótese autorizadora dessa antecipação é o *periculum in mora*, segundo expressa disposição do CPC 273 I. Essa urgência, como já afirmado acima, não tem o condão de transmutar sua natureza satisfativa-executiva em medida cautelar. Esse perigo, como requisito para a concessão da tutela antecipada, é o mesmo perigo exigido para a concessão de qualquer medida cautelar.

Requisitos para a concessão da tutela: abuso do direito de defesa. A segunda hipótese, que não é exigível em conjunto com a primeira, dela sendo independente, é o abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Quando a contestação for deduzida apenas formalmente, sem consistência, a situação pode subsumir-se à hipótese do CPC 273 II, autorizando a antecipação⁴³³.

É interessante registrar que parte da doutrina sustentava a possibilidade de aplicação do inciso II do artigo 273 do Código de Processo Civil revogado, antes mesmo da citação do réu, diante de situações que atestassem seu abuso do direito de defesa diante de condutas extraprocessuais, tais quais o embaraço à efetivação da citação ou mesmo o envio de infundadas cartas ou notificações⁴³⁴. Era esse o posicionamento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Em tese, é admissível o pedido *liminar* fundado no inciso II, pois não despropositado o abuso do direito de defesa verificado fora do processo, quando há prova suficiente de que o réu foi, por exemplo, notificado várias vezes para cumprir a obrigação, tendo apresentado evasivas e respostas pedindo prazo para o adimplemento⁴³⁵ (destaque no original).

⁴³³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 553.

⁴³⁴ Cassio Scarpinella Bueno sustentava a opinião descrita. cf. BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2009, pp. 19-20.

⁴³⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, 2010, p. 553.

Com o devido acatamento, tal posicionamento não merece prosperar, pois é inviável antever eventual abuso do direito de defesa, o qual deve ser avaliado, necessariamente, sob uma óptica endoprocessual.

A hipótese do inciso II do artigo 273, prevista do Código de Processo Civil de 1973 com a rubrica de tutela antecipada, foi literalmente transposta para o inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015, agora como hipótese de tutela provisória da evidência.

Outra espécie de tutela de direito evidente albergada pelo Código de Processo Civil de 1973, a qual também merece especial atenção, é a do parágrafo 6º do artigo 273, acrescentado pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002.

O aludido dispositivo legal preconizava que a tutela antecipada também poderia ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulativos, ou parcela deles, mostrava-se incontroverso.

Humberto Theodoro Júnior debruçou-se sobre o tema:

O *caput* do art. 273 já previa que a antecipação poderia ser de todos os efeitos da tutela pleiteada ou de parte deles. O novo § 6º acrescentado pela Lei nº 10.444, de 07.05.2002, cuida de um caso em que torna cabível e mais facilmente alcançável a antecipação de tutela: trata-se da cumulação de pedidos, quando o réu contesta apenas um ou alguns deles, deixando incontroversos outros. Em tal conjuntura, a antecipação se mostra possível, sem necessidade de se recorrer aos requisitos ordinariamente exigidos (perigo de dano grave, prova inequívoca etc.). É que, pela não-contestação, o fato básico se tornou presumido e a consequência dele extraível não depende mais de outras provas. Se o réu se manifestar expressamente sobre o reconhecimento de um dos pedidos cumulados, mais evidente será o cabimento da antecipação de tutela a seu respeito. Mas, não é só no caso de expressa aquiescência do réu que se tornará viável a medida antecipatória de parte do pleito. A medida será manejável, igualmente, quando a resposta se silenciar a respeito de um pedido ou do fato que lhe constitui a causa de pedir. Em outros termos, a aquiescência do réu pode ser explícita ou implícita⁴³⁶.

Ressalte-se que essa hipótese não era tida como julgamento parcial de mérito no bojo do Código de Processo Civil de 1973, que consagrava o princípio da unicidade

⁴³⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, v. I. 47. ed. Rio de Janeiro, 2007, p. 423.

da sentença⁴³⁷. Como explica Cassio Scarpinella Bueno, ao abranger as figuras dispostas no revogado artigo 273, inciso II e parágrafo 6º:

Nenhuma daquelas duas hipóteses confunde-se, na perspectiva do CPC de 2015, com a possibilidade de o magistrado proferir julgamentos *parciais* de mérito. Esta possibilidade, expressa no CPC de 2015, encontra-se no art. 356, casos em que a decisão respectiva, a que julga antecipada e parcialmente o mérito, tem aptidão de produzir *imediatamente* seus efeitos, porque o recurso dela interponível, o agravo de instrumento (arts. 356, § 5º, e 1.015, II), *não* tem efeito suspensivo *ope legis*, prevalecendo, por isto mesmo, a regra geral do *caput* do art. 995, confirmada, no particular, pela do inciso I do art. 1.019⁴³⁸.

Assim, a decisão proferida com supedâneo no artigo 273, parágrafo 6º, do Código de Processo Civil de 1973, ao menos de acordo com a concepção do dispositivo legal em comento, era provisória e, portanto, não gozava da imutabilidade da coisa julgada material.

Cumprе enfatizar que no Código de Processo Civil de 2015 o pedido incontroverso deixou de ser uma hipótese de tutela antecipada (*rectius*: da evidência) e passou a ser uma hipótese de julgamento antecipado parcial do mérito, conforme dispõe o artigo 356, inciso I, do aludido diploma legal⁴³⁹.

Em rigor, o Código de Processo Civil de 2015 determina expressamente o julgamento parcial do mérito em relação ao pedido incontroverso, de modo a não restarem dúvidas acerca da natureza desta decisão, qual seja, definitiva⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Após discriminarem as etapas cognitivas do processo (postulatória, ordinatória ou de saneamento, instrutória e decisória), Anselmo Prieto Alvarez e Américo Andrade Pinho assinalam que: “O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973 (LGL\1973\5)) estruturava esse desenrolar de fases da etapa de cognição do processo de conhecimento, levando em conta todos os pedidos formulados na relação processual, quando houvesse cumulação ou parte de pedido único decomponível; e assim sendo, concentrava o julgamento de mérito de todos eles, na fase decisória, após a dialética processual ter se esgotado para debate de todas as pretensões postas em juízo”. ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. *op. cit.*, p. 220.

⁴³⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, pp. 268-269.

⁴³⁹ Nesse passo, Anselmo Prieto Alvarez e Américo Andrade Pinho ensinam que: “Prevê o artigo 356 do CPC/2015 (LGL/2015/1656) duas hipóteses de cabimento do julgamento parcial de mérito, aplicáveis quando houver possibilidade de cumulação de pedidos ou de decomposição de pedido único. Até porque, inexistindo cumulação ou possibilidade de decomposição, seria caso de julgamento antecipado do mérito em sua *integralidade*, com apoio no artigo 355 do mesmo diploma, proferindo-se sentença extintiva da etapa processual de conhecimento em primeira instância”. ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. *op. cit.*, p. 222.

⁴⁴⁰ É importante ter-se em mira a observação feita por Anselmo Prieto Alvarez e Américo Andrade Pinho sobre o tema: “Assim, o ‘julgamento interlocutório de mérito’, seja em que fase da etapa de cognição do processo de conhecimento ocorrer, justamente, por não colocar fim à referida etapa, deve ser reputado como decisão interlocutória, nos termos do art. 203, § 2º, do CPC/2015 (LGL\2015\1656); muito embora,

Esse entendimento, diga-se de passagem, já era consagrado por parte da doutrina mesmo na vigência do Código de Processo Civil de 1973, consoante relata Daniel Amorim Assumpção Neves:

Parte considerável da doutrina já vê nesse § 6.º hipótese de julgamento antecipado parcial da lide em relação aos pedidos incontroversos, o que autorizaria a concessão da tutela definitiva (e não apenas provisória) da parcela incontroversa⁴⁴¹.

Um dos expoentes de tal posicionamento, também encampado por esta dissertação, é Cândido Rangel Dinamarco:

A não-contestação de algum pedido, tornando-o incontroverso, afasta-o do litígio. O reconhecimento dessa exclusão, sem embargo de seu caráter antecipatório, representa julgamento definitivo do mérito, pelo que não há de condicioná-lo à preservação da reversibilidade. Nesse passo, nada há de provisoriedade, ficando afastada, por isso mesmo, a regra limitativa do § 2º do art. 273⁴⁴².

Humberto Theodoro Júnior também é partidário dessa corrente:

Daí que desaparecendo a situação litigiosa (i.é. a *controvérsia*), não há mais razão para se manter uma seqüência procedimental sem objeto. Não há mais o que se discutir e acertar. Impõe-se a imediata passagem para a fase de julgamento, proferindo-se a solução de mérito a respeito do que se pacificou entre as próprias partes (*sic*)⁴⁴³.

A indagação que emerge é: por que o juiz não profere sentença – ou decisão interlocutória de mérito⁴⁴⁴, na hipótese de um ou mais dos pedidos cumulados ou parcelas deles – quando convencido do fato constitutivo do pleito inaugural? Qual seria a utilidade da tutela da evidência nesse caso? A questão está intimamente ligada ao

em essência, inegavelmente tenha o mesmo conteúdo da sentença de mérito, que é prolatada ao final da mencionada etapa de cognição, isto é: resolver o dito mérito (art. 487, do CPC/2015 (LGL\2015\1656)) do pedido posto em juízo na ação ou reconvenção”. ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. *op. cit.*, p. 224. Vale dizer, em que pese o julgamento parcial do mérito se dar em cognição exauriente, o respectivo pronunciamento judicial não consiste em uma sentença.

⁴⁴¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 555.

⁴⁴² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 96-98.

⁴⁴³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, 2007, pp. 423-424.

⁴⁴⁴ Como explicam Anselmo Prieto Alvarez e Américo Andrade Pinho: “Portanto, o ‘julgamento interlocutório de mérito’ é aquele que ocorre antes da fase decisória da etapa de cognição do processo de conhecimento, sempre que o juiz constatar a possibilidade de acolhimento ou desacolhimento de pedido único, suscetível de decomposição, ou de pedidos cumulados; a partir da singela percepção de que, respectivamente parte ou um (ou alguns) deles já pode ser julgado, enquanto que parte ou outro(s), por depender de instrução probatória, aguardará(ão) a superação da fase instrutória, com julgamento ao final do processo”. ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. *op. cit.*, p. 220.

efeito do recurso de apelação a ser interposto pelo réu contra a sentença hipoteticamente proferida.

Sabido que o apelo goza de efeito suspensivo *ope legis*, nos termos do artigo 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil vigente. Todavia, caso seja concedida a tutela da evidência, eventual recurso de apelação contra a sentença não será dotado de efeito suspensivo *ope legis*, consoante prevê o inciso V do referido dispositivo legal.

O mesmo raciocínio se empregava sob o prisma do Código de Processo Civil revogado. A teor do artigo 520, inciso VII, do propalado diploma legal, suprimia-se o efeito suspensivo do recurso de apelação quando a sentença confirmasse a antecipação dos efeitos da tutela.

De forma didática, Cassio Scarpinella explica que:

De qualquer sorte, a concessão da tutela da evidência será de enorme valia para “tirar” ou evitar o efeito suspensivo do recurso de apelação lamentavelmente preservado como regra pelo CPC 2015 (art. 1.012, *caput*), tal qual já era possível (e correto) sustentar no CPC de 1973 com fundamento no inciso II (reproduzido no inciso I do art. 311) e, sobretudo, no § 6º do art. 273 daquele mesmo Código⁴⁴⁵.

Na sequência deste trabalho, examina-se a tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015, especificamente as hipóteses previstas em seu artigo 311.

5.7. A tutela da evidência no Código de Processo Civil de 2015

5.7.1. A não taxatividade do rol do artigo 311 do Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 1973, como visto, já previa hipóteses de tutela da evidência, apesar de não apresentar tal nomenclatura de forma expressa. Pode-se dizer que a técnica não estava disciplinada de forma coesa no diploma processual revogado.

O tema ganhou relevo no Código de Processo Civil de 2015, que concentrou em um único dispositivo quatro hipóteses, das quais duas – as dos incisos II e IV – não estavam regulamentadas no Código de Processo Civil de 1973⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2016, p. 269.

⁴⁴⁶ BRASIL, **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 311, [n.p.]: “A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

Continuam a existir, é bom que se diga, outras hipóteses de tutela da evidência além daquelas dispostas no artigo 311.

Vale salientar, nesse espeque, que as situações que ensejam a concessão da tutela da evidência são taxativas, embora o rol do artigo 311 do Código de Processo Civil não seja exaustivo. Explica-se.

A taxatividade decorre do fato de que todas as hipóteses autorizadoras da concessão da tutela da evidência, sem exceção, estão previstas em lei, ainda que não albergadas pelo artigo 311.

Anteriormente, defendeu-se que compete ao juiz analisar, caso a caso, a existência ou não da probabilidade do direito invocado pelo autor, para fins de concessão da tutela provisória da evidência. Isso não significa, porém, que o magistrado possa extrapolar os limites legais e reputar evidente direito que a própria legislação não trata como tal.

O raciocínio é desenvolvido por Daniel Brajal Veiga, Geraldo Fonseca, Rodrigo D'Ório, Cristiane Druve Tavares Fagundes e Roberto Armelin:

Entendemos que se trata de opção legislativa estabelecer qual direito é tido como evidente (...). Poderia o legislador ter estabelecido uma cláusula geral apta a transferir ao juiz a análise da viabilidade ou não, caso a caso, de requisitos genericamente previstos a autorizar a concessão da tutela de evidência. No entanto, segundo entendemos, não foi essa a opção legislativa⁴⁴⁷.

Enfatize-se: afirmar que a opção legislativa se deu no sentido da taxatividade não conduz à aceitação de que o rol previsto no artigo 311 do Código de Processo Civil contém todas as hipóteses autorizadoras de tutela da evidência⁴⁴⁸. Como resumem

I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;
 II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
 III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
 IV – a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
 Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente”.

⁴⁴⁷ VEIGA, Daniel Brajal *et al.* Tutela provisória: questões polêmicas. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). **Tutela provisória no CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 529.

⁴⁴⁸ Corroborando, João Victor Carloni de Carvalho aponta que: “Respeitado o entendimento diverso, pensa-se ser mais proveitoso ao sistema processual civil, como um todo, a caracterização de outras hipóteses de tutela da evidência, uma vez que, como já explanado, estar-se-ia redistribuindo de maneira mais adequada o ônus do tempo entre as partes, visando-se à redução do denominado dano marginal do processo em situações não contempladas no art. 311 do CPC/2015. Nessa esteira de pensamento, a tutela

Daniel Brajal Veiga, Geraldo Fonseca, Rodrigo D'Ório, Cristiane Druve Tavares Fagundes e Roberto Armelin:

Afirmar que o rol de hipóteses de tutela de evidência é taxativo não significa limitá-lo ao art. 311 do CPC.

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, tanto no próprio Código de Processo Civil como em legislação extravagantes, hipóteses que são nitidamente antecipatórias, sem a exigência do requisito do perigo de dano. Assim, por exemplo, a liminar na reintegração de posse dispensa a urgência, desde que presentes os requisitos legalmente previstos. É uma tutela de evidência, prevista em lei, mas não constante do art. 311 do CPC⁴⁴⁹.

O posicionamento ora exposto, todavia, não é pacífico. Há quem entenda que o rol do artigo 311 do Código de Processo Civil é taxativo, tal qual Humberto Theodoro Júnior:

Em lugar de conceituar genericamente a tutela da evidência, o novo Código preferiu enumerar, de forma taxativa, os casos em que essa modalidade de tutela sumária teria cabimento. Não se pode, por isso, ampliar sua área de atuação, mediante interpretação extensiva⁴⁵⁰.

Leonardo Greco também preceitua a taxatividade das hipóteses do dispositivo legal em comentário⁴⁵¹.

Em sentido diametralmente oposto, há autores que sustentam que as situações concessivas de tutela da evidência não se limitam ao artigo 311 do Código de Processo Civil nem às demais hipóteses legais (preconizadas no próprio diploma processual ou em legislações extravagantes)⁴⁵². Essa é a opinião de Rogéria Fagundes Dotti, para

da evidência é, sim, taxativa, mas não se restringe, não se limita ao rol de incisos do dispositivo supra. Privilegia-se, dessa maneira, a essência do direito evidente demonstrável por meio das provas, aliados à sua prévia disposição no ordenamento como um todo, mesmo que fora do CPC/2015". CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, p. 91.

⁴⁴⁹ VEIGA, Daniel Brajal *et al. op. cit.*, p. 529.

⁴⁵⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, 2016, p. 693.

⁴⁵¹ GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 370.

⁴⁵² É certo que, como afirma Anselmo Prieto Alvarez: "Há uma série de situações concretas de conflito de interesses com características diferenciadas que acabam demandando tutela provisória diversa daquela que consta das fórmulas gerais vistas anteriormente. Com o mundo globalizado, cada vez mais as pessoas acabam estabelecendo relações humanas das mais variadas formas e com os mais variados sujeitos, de modo que não se deve estranhar o surgimento de uma série de novas tutelas diferenciadas na legislação extravagante, com o intuito de atender e conferir prestação jurisdicional efetiva, portanto, adequada às pessoas, com pretensões de características impensáveis até poucos anos atrás". ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 316-317.

quem “a tutela de evidência merece, portanto, aplicação ampla, para muito além de qualquer rol taxativo de situações”⁴⁵³.

A propósito, Carlos Augusto de Assis e João Batista Lopes enaltecem que as situações de evidência são numerosas, razão pela qual seria impossível prevê-las em *numerus clausus*⁴⁵⁴.

Descortine-se que Daniel Amorim Assumpção Neves critica expressamente a forma pela qual foram legisladas as hipóteses de tutela da evidência no rol do artigo 311 do Código de Processo Civil:

Já que o legislador criou um artigo para prever as hipóteses de tutela de evidência, deveria ter tido o cuidado de fazer uma enumeração mais ampla, ainda que limitada a situações previstas no Código de Processo Civil. Afinal, a liminar da ação possessória, mantida no Novo Código de Processo Civil, continua a ser espécie de tutela de evidência, bem como a concessão de mandado monitório, e nenhuma delas está prevista no art. 311 do Novo CPC. A única conclusão possível é que o rol de tal dispositivo legal é exemplificativo⁴⁵⁵.

Imperioso notar que a posição amparada neste trabalho converge em parte com a do autor supracitado. Certamente o artigo 311 do Código de Processo Civil não traduz todas as situações de tutela da evidência.

Contudo, entende-se que todas as hipóteses de antecipação sem urgência estão previstas em lei (no artigo 311 e em outras situações fático-processuais dispersas pelas mais variadas legislações).

Não há uma cláusula geral que possibilite ao juiz conceder, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, tutela da evidência. Vale dizer, a hipótese deve ter sido previamente legislada^{456 457}.

⁴⁵³ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 308.

⁴⁵⁴ ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória:** tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018, p. 169.

⁴⁵⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 532.

⁴⁵⁶ VEIGA, Daniel Brajal *et al. op. cit.*, p. 530.

⁴⁵⁷ Sobre o risco de que os tribunais venham a interpretar o artigo 311 do Código de Processo Civil como um rol taxativo, Eduardo José da Fonseca Costa afirma que, “caso isso aconteça, terá o legislador contribuído para a frustração da magnânima ideia que o inspirou”. Isso porque a tutela da evidência vem sendo aplicada no dia a dia forense em várias situações para além das hipóteses do referido dispositivo legal. As liminares possessórias e em ação de despejo, entre outras, são exemplos disso. Daí por que se deve entender o artigo 311 do Código de Processo Civil como um rol não exaustivo. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. *In:*

Tomadas essas relevantes premissas, debruça-se na sequência desta dissertação justamente sobre as hipóteses delineadas pelos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil.

5.7.2. A tutela provisória da evidência lastreada no abuso do direito de defesa ou no manifesto propósito protelatório da parte (artigo 311, inciso I, do Código de Processo Civil)

O inciso I tarifa a situação em que fica caracterizado o abuso do direito de defesa, ou o manifesto propósito protelatório da parte. Esta hipótese é justamente aquela prevista no inciso II do revogado artigo 273 do Código de Processo Civil de 1973.

Se ocorrer o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu, a duração do processo torna-se ainda mais longa e penosa. Isso porque ao tempo fisiológico e natural do procedimento acrescenta-se a espera decorrente de incidentes maliciosos e atos processuais que se desvirtuam de suas normais finalidades⁴⁵⁸.

Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco, ainda sob o lume do Código de Processo Civil de 1973:

A segunda situação a ser debelada mediante antecipação da tutela consiste no “abuso do direito de defesa” ou no “manifesto propósito protelatório do réu” (art. 273, inc. II). Trata-se sempre de neutralizar os males do tempo. Há demoras razoáveis, ditadas pelo caráter formal inerente ao processo (não formalista!) e há demoras acrescidas pelo comportamento desleal do demandado⁴⁵⁹.

Constate-se que os princípios do contraditório e da ampla defesa não autorizam o comportamento abusivo no processo. Nas palavras de Artur César de Souza:

A Constituição Federal brasileira, ao estruturar o princípio do *due process of law* com base na observância do contraditório e da ampla defesa, pois sem o contraditório (essência do processo) não se pode falar em um processo justo e *équu* num Estado Democrático de Direito, jamais teve por objetivo legitimar eventuais abusos de direito de defesa ou propósitos protelatórios daqueles que participam da dialética na relação jurídica processual.

ROSSI, Fernando *et. al.* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil: uma análise crítica ao projeto do novo CPC**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 180.

⁴⁵⁸ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 236.

⁴⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 148.

Na realidade, todo e qualquer abuso deve ser rigorosamente combatido, seja ele decorrente do direito de ação, seja ele proveniente do direito de defesa⁴⁶⁰.

O abuso manifesta-se no âmbito do processo⁴⁶¹ mediante atos por aquele que tem uma faculdade para agir, porém dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou desviar a correta apreciação judicial, causando embaraço ao resultado justo da prestação jurisdicional⁴⁶².

Em outras palavras, a defesa é abusiva quando deixa de manter uma relação instrumental apropriada entre o ato processual praticado e os fins ou efeitos dele extraídos⁴⁶³.

Também se considera abusiva a defesa não séria. Daí por que Daniel Mitidiero assim abona:

O art. 311, I, CPC deve ser lido como uma regra aberta que permite a antecipação da tutela sem urgência em toda e qualquer situação em que a defesa do réu se mostre frágil diante da robustez dos argumentos do autor – e da prova por ele produzida – na petição inicial. Em suma: toda vez que houver apresentação de defesa inconsistente⁴⁶⁴.

Com amparo na dicção de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro, tem-se que:

Nesse sentido, a defesa *stricto sensu* pode até ser adequada, porém ficar evidenciado, por sua conduta, o manifesto propósito protelatório, como, e. g, insistir em discutir matéria já preclusa, repetir alegações indeferidas, fazer reiteradas cargas, repetir recursos que foram inadmitidos⁴⁶⁵.

Por essa razão, esta dissertação filia-se à opinião de Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo, para quem o “manifesto propósito protelatório” integra o “abuso do direito de defesa”:

Como já sustentado em outra oportunidade, o “abuso do direito de defesa” a que se refere o CPC de 2015 – e também a que se referia o CPC de 1973 (art. 273, II) – abarca não apenas o direito (ou ônus) de contestar, mas também todas as *situações subjetivas processuais* que integram a defesa. Assim, qualquer outra manifestação defensiva, como um incidente processual infundado ou a interposição de um recurso abusivo, também se insere na previsão legal.

⁴⁶⁰ SOUZA, Artur César de. *op. cit.*, 2017, p. 86.

⁴⁶¹ Conforme já se pôde sustentar nesta dissertação, o eventual abuso do direito de defesa deve ser avaliado, necessariamente, sob uma óptica endoprocessual.

⁴⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). **Abusos dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

⁴⁶³ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. *op. cit.*, p. 474.

⁴⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2022, p. 168.

⁴⁶⁵ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 195.

Pelo mesmo motivo, apesar das opiniões doutrinárias em contrário, o manifesto propósito protelatório da parte a que se refere a lei (e que o art. 273, II, do CPC de 1973 atribui apenas ao réu) não constitui uma situação apartada e *íntegra* o abuso do direito de defesa quando o ato protelatório é praticado pelo réu, no exercício da defesa.

Consoante se infere da própria lição acima transcrita, não há unanimidade sobre o tema. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, por exemplo, sustentam que as expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” têm acepções diferentes:

As expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” têm sentidos distintos: aquela abrange atos praticados dentro do processo, em defesa, o que inclui os atos protelatórios praticados no processo; esta última se refere aos comportamentos da parte, protelatórios, adotados fora do processo (ex.: simulação de doença, ocultação de prova etc.)⁴⁶⁶.

Segundo a visão deste trabalho, porém, o fato de o parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil (que será analisado oportunamente) não autorizar a concessão de liminar na hipótese dos correlatos incisos I e IV demonstra que a lei não tem por finalidade apenas o comportamento anterior à constituição da relação jurídica processual.

Em rigor, independentemente da divergência doutrinária, as expressões “abuso de direito de defesa” e “manifesto propósito protelatório” constituem conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, refletem um conteúdo propositadamente vago e incompleto. A exata dimensão de seu significado não se mostra, *a priori* ou abstratamente. Ao contrário, depende de um trabalho reconstutivo no momento de aplicação da norma⁴⁶⁷.

Esse é o ponto de vista de Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo:

Na verdade, a previsão do art. 311, I – assim como qualquer outra noção aplicável à teoria do abuso do processo –, é conceito jurídico indeterminado e não comporta, portanto, confinamentos estanques. Tem de ser necessariamente genérica, no intuito de abranger o maior número possível de situações, transferindo ao caso concreto e também ao intérprete a tarefa de precisar-lhe o conceito. É, aliás, o que preconiza o próprio CPC de 2015 em seu art. 489, § 1º, II⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 634.

⁴⁶⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 245.

⁴⁶⁸ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. *op. cit.*, p. 475.

Outro aspecto que suscita dissonância na doutrina é a essência – punitiva ou não – da tutela da evidência preconizada pelo inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil. Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira defendem que:

Trata-se de tutela de evidência punitiva, que funciona como uma sanção para apenar aquele que age de má-fé e, sobretudo, que impõe empecilhos ao regular andamento do feito, comprometendo a celeridade e lealdade que lhe devem ser inerentes⁴⁶⁹.

João Victor Carloni de Carvalho manifesta concordância:

O pressuposto do inciso I, portanto, se enquadra na chamada modalidade punitiva da tutela da evidência, uma vez que objetiva penalizar aquele que age de má-fé e acaba por causar embaraços no regular andamento do feito, prejudicando a eficiência e celeridade⁴⁷⁰.

Em que pese destacados processualistas aduzirem que há um caráter punitivo na hipótese sob exame⁴⁷¹, não parece ser essa a melhor interpretação.

Importante destacar que o objetivo primordial da tutela da evidência é proporcionar um justo equilíbrio entre autor e réu, no que diz respeito ao ônus do tempo para a prova. Sua função não é, portanto, sancionar o eventual abuso do direito de defesa do réu.

É o que esclarece Daniel Mitidiero, ao afirmar que essa não é a natureza da tutela. Segundo ele, a doutrina que propõe a interpretação da antecipação, em caso de abuso, como um expediente para realização da igualdade substancial dos litigantes, é mais consentânea aos direitos fundamentais processuais do que aquela que encara o dispositivo como uma sanção⁴⁷². Afinal, trata-se de técnica que visa impedir que aquele que tem razão seja prejudicado pelo tempo de instrução da causa⁴⁷³.

⁴⁶⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 633.

⁴⁷⁰ CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, p. 94.

⁴⁷¹ Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. III. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 884.

Cf. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55.

Cf. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *op. cit.*, 2003, p. 326.

⁴⁷² MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. *In*: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 339.

⁴⁷³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 58.

Como ensina Rogéria Fagundes Dotti:

Em outras palavras, o objetivo não é castigar o réu, mas sim beneficiar o autor que, aparentemente, tem razão. Evita-se, dessa forma, que ele seja prejudicado pela demora processual, criada maliciosamente pela parte contrária⁴⁷⁴.

Não se olvida que, para punir o mau comportamento processual, já existem as sanções específicas da litigância de má-fé e do ato atentatório à dignidade da justiça (artigos 77 e 80 do Código de Processo Civil). Ali há hipóteses típicas e taxativas, como é natural, em se tratando de um direito sancionador⁴⁷⁵.

A corroborar, Eduardo José da Fonseca Costa argumenta que:

Decididamente, não se cuida de sanção. Se de sanção se tratasse, a medida não poderia ser revogada por eventual sentença de improcedência (repise-se: nada impede que a razão esteja com quem litiga de má-fé). Ora, inadmissível é que a sentença de improcedência possua o condão de *anistiar o improbus litigator*⁴⁷⁶.

Aliás, tanto assim o é que o simples comportamento abusivo da parte, por si só, não justifica a concessão da tutela da evidência, sendo indispensável vislumbrar-se a probabilidade do direito invocado. Esse é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno sobre o tema:

A hipótese do inciso I (abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da parte), que traz à mente o inciso II do art. 273 do CPC atual, merece uma ressalva importante. Para a concessão da tutela da evidência, nestes casos, importa também que o autor mostre que seu direito é mais evidente (ainda que no sentido de provável) que o do réu. É que o abuso do direito de defesa do réu ou seu manifesto propósito protelatório nada diz, por si só, com relação à evidência do direito do autor, que, por isto, deve também ser demonstrada no pedido a ser formulado pelo autor⁴⁷⁷.

João Batista Lopes, ao criticar a opção do legislador em omitir a probabilidade do direito como requisito cumulativo na espécie, acentua que:

Como se vê, o legislador não primou pela melhor técnica, uma vez que o abuso do direito de defesa e o manifesto propósito protelatório do réu, por si sós, não autorizam a conclusão de que o direito do autor é evidente. Por outras palavras, se o autor não lograr convencer o juiz de que faz jus ao tratamento privilegiado

⁴⁷⁴ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 251.

⁴⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2017, p. 158.

⁴⁷⁶ COSTA, Eduardo José da Fonseca. *op. cit.*, p. 173.

⁴⁷⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2015, p. 232.

da tutela da evidência, isto é, não fornecer fundamentação fática ou jurídica exigida para essa espécie de tutela, não poderá, à evidência, valer-se dela⁴⁷⁸.

Ainda no que diz respeito à caracterização do abuso, há quem defenda que a existência do dano constituiria um de seus pressupostos, ou seja, somente haveria defesa abusiva quando se verificasse um prejuízo ao andamento normal do processo⁴⁷⁹.

Não se trata, porém, da posição mais correta. Isso porque a simples conduta protelatória, ainda que sem repercussão no trâmite processual, já se mostra abusiva⁴⁸⁰. Essa é a impressão de Rogéria Fagundes Dotti:

O abuso do direito constitui uma forma ilícita de agir, ainda que sob as vestes de uma aparente legalidade. Logo, basta a atuação contrária ao ordenamento jurídico (e o uso irregular de um direito é exemplo disso), somada à probabilidade do direito do autor, para autorizar a antecipação da tutela. A propósito, no âmbito do Direito Civil, dispensa-se o requisito do dano para a caracterização do abuso do direito⁴⁸¹.

Seguindo-se essa orientação, é irrelevante a aferição de dolo ou culpa da parte para a caracterização do comportamento abusivo.

Em sentido contrário, Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr. – para quem a hipótese disciplinada no inciso I do artigo 311 do Código de Processo Civil tem caráter sancionatório – sustentam que:

Para a aplicação das penas pela litigância improba (artigo 81 do CPC/2015), exige-se má-fé, isto é, dolo de praticar a conduta violadora da boa-fé. Exatamente por essa razão não parece que se possa desvincular a incidência do artigo 311, I, do CPC/2015 do elemento volitivo, isto é, do dolo da parte e de seu advogado no abusar do direito de defesa ou agir de modo manifestamente protelatório. Parece que as expressões “abuso” e “manifesto propósito protelatório” já trazem implícito o elemento doloso da conduta da parte e/ou advogado. Essa foi a interpretação que prevaleceu à luz do idêntico artigo 273, II, do CPC/1973, inclusive alcunhada pela doutrina de “tutela antecipada sanção”. Não parece razoável mesmo incidir sanção se não há intenção⁴⁸².

Filia-se este trabalho, entretanto, à corrente segundo a qual há um distanciamento entre ilicitude e culpa no sistema civil atual. Inclusive, essa é a exegese

⁴⁷⁸ LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016, p. 275.

⁴⁷⁹ ABDO, Helena. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

⁴⁸⁰ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 242

⁴⁸¹ *Idem, ibidem*, p. 242.

⁴⁸² GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al, op. cit.*, p. 1.899.

do Enunciado 37 da Jornada de Direito Civil do Conselho de Estudos da Justiça Federal⁴⁸³. Por iguais razões, deve ocorrer a dispensa da subjetividade também no plano processual.

Em suma, contempla-se o magistério de Rogéria Fagundes Dotti:

Assim, diz-se que quando um dos sujeitos atua sem um motivo legítimo, quebra o princípio da boa-fé e tal situação se verifica não apenas na presença do dolo, mas igualmente quando se viola o parâmetro médio da razoabilidade⁴⁸⁴.

Percorridas as controvérsias doutrinárias que se instalam sobre o inciso I, o tópico seguinte se dedicará à perquirição do inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil.

5.7.3. A tutela provisória da evidência baseada no sistema de precedentes judiciais (artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil)

A segunda hipótese disciplinada no artigo 311 do Código de Processo Civil diz respeito à antecipação dos efeitos da tutela nos casos em que as alegações de fato forem suscetíveis apenas de comprovação documental e, cumulativamente, houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante no mesmo sentido daquela sustentada pelo postulante⁴⁸⁵.

⁴⁸³ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil do Conselho de Estudos da Justiça Federal**. Enunciado n° 37, [n.p.]: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

⁴⁸⁴ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 244.

⁴⁸⁵ Conforme sintetizam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “A parte que postula com base em fatos provados por documento e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação –, encontra-se em estado de evidência. Demonstra não só a probabilidade de acolhimento da sua pretensão processual como também a improbabilidade de sucesso do adversário que se limite a insistir em argumentos já rejeitados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé (por defesa infundada ou resistência injustificada, cf. art. 80, CPC). Não é razoável, assim, impor-lhe o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir do bem pretendido enquanto a parte adversa é beneficiada com a manutenção do *status quo ante*. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 638.

Percebe-se, desde logo, que a norma conjugou alegações de fato com questão jurídica, a qual pode ser dirimida mediante a aplicação do entendimento firmado através de decisões vinculantes⁴⁸⁶.

Importante lembrar, como o fazem Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz, que a cumulação dos referidos requisitos é impositiva:

O Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Interno na Petição nº 12.363, julgado em 13 de dezembro de 2018, entendeu ser necessária a cumulação dos requisitos presentes no inciso II do art. 311 do CPC, quais sejam: a comprovação documental das alegações de fato e a tese fixada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, para a incidência dessa hipótese de tutela de evidência. Com efeito, tais requisitos são cumulativos e devem ser verificados no caso concreto⁴⁸⁷.

A tese inaugural fundada em jurisprudência estável implica a diminuição das chances de sucesso do réu ao final do processo. Considerando-se que a questão submetida pelo autor já teria sido apreciada pelos tribunais superiores, revela-se improvável que a defesa consiga refutar o direito invocado na exordial⁴⁸⁸.

Pela letra da lei, a prova das alegações tem de ser necessariamente documental ou, ao menos, documentada⁴⁸⁹ – tal como a prova emprestada ou aquela produzida em caráter antecipado –, recaindo sobre os fatos constitutivos do direito afirmado⁴⁹⁰.

Eduardo Arruda Alvim faz pertinente comentário sobre o tema:

⁴⁸⁶ A distinção entre questões de fato e questões de direito nunca foi simples. A propósito: “Do encontro de ambos os universos, normativo e empírico, é que nasce o direito. Desta circunstância decorre a conhecida dificuldade de se distinguirem questões de fato de questões de direito”. ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Embargos de Declaração**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 119.

⁴⁸⁷ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 169.

⁴⁸⁸ Vale repisar que a tutela da evidência é espécie de tutela provisória, que goza do atributo da revogabilidade. Por isso, Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz fazem a seguinte ressalva: “Porém, a defesa pode apresentar fundamentos e novos relatos dos fatos capazes de mostrar a fragilidade dos argumentos do autor, alegar e provar fatos impeditivos, modificativos ou extintivos deste direito, bem como sustentar o posicionamento jurídico consolidado nos tribunais superiores não se aplica ao caso concreto ou já se encontra superado por outros precedentes, o advento de nova legislação ou por força de sinalização doutrinária”. CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 169.

⁴⁸⁹ O conceito de prova documentada é bem delimitado por Rogério Fagundes Dotti: “Tecnicamente, o documento é um objeto que representa um fato, daí porque só haverá prova documental plena quando existir uma representação direta entre esse e o fato constitutivo que se pretende demonstrar em juízo. É preciso, portanto, uma coincidência entre o fato representado pelo documento e aquele que se pretende comprovar. Completamente diversa é a situação em que a prova é documentada, ou seja, a representação entre ela e o fato não se dá de forma direta, mas de modo indireto. É o que ocorre, por exemplo, nos depoimentos testemunhais e nos laudos periciais. Neles, a demonstração do fato se dá por interposta pessoa, ou seja, indiretamente”. DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, pp. 270-271.

⁴⁹⁰ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. *op. cit.*, p. 476.

Primeiramente, é importante perceber que a exigência de prova documental que se faz não guarda relação com a exigência de forma escrita como requisito de validade de certos negócios jurídicos⁴⁹¹.

Tal prova documental é, em verdade, aquela que logre, por si só, demonstrar os fatos, sem necessidade de ser associada a qualquer outro meio de prova, bastando ao documento que obedeça aos requisitos previstos pelos artigos 215 a 226 do Código Civil^{492 493}.

De todo modo, se o direito do autor demandar outra espécie de prova que não a documental, a tutela da evidência não poderá ser deferida⁴⁹⁴.

O pressuposto descrito é desnecessário quando o fato gerador do direito não depender de prova. Isso se dá em relação aos fatos notório, confessado, incontroverso ou presumido⁴⁹⁵.

Já o segundo requisito, consistente na probabilidade de acolhimento da pretensão processual em razão de esta respaldar-se em tese jurídica já firmada em precedente obrigatória, suscita maiores considerações.

O inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil faz referência expressa somente à tese firmada em julgamento de casos repetitivos (inciso III do artigo 927) ou em súmula vinculante (inciso II do artigo 927).

O conceito de “julgamento de casos repetitivos” é previsto no artigo 928 do Código de Processo Civil⁴⁹⁶, englobando as decisões proferidas em incidentes de

⁴⁹¹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 323.

⁴⁹² NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, 2021, p. 832.

⁴⁹³ A propósito, Humberto Theodoro Júnior assinala que: “Não se pode exigir que essa prova seja irrefutável, visto que a tutela da evidência é, em regra, definida antes que a instrução probatória da causa tenha se concluído, de modo que não se pode descartar a eventualidade de posterior prova em contrário por parte do requerido, capaz de desfazer a força de convencimento daquela anteriormente produzida pelo requerente. Todas as tutelas sumárias, inclusive a da evidência, são prestadas mediante apuração provisória do suporte fático do pedido, e, por isso mesmo, sempre suscetível de reexame, modificação ou revogação, segundo o desenvolvimento do contraditório e da instrução probatória (NCPC, art. 298)”. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, 2015a, p. 681.

⁴⁹⁴ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 178.

⁴⁹⁵ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 637.

⁴⁹⁶ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 928, [n.p.]. “Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em:

I – incidente de resolução de demandas repetitivas;

II – recursos especial e extraordinário repetitivos.

Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual”.

resolução de demandas repetitivas e em recursos especial ou extraordinário repetitivos. O parágrafo único do aludido dispositivo legal enuncia que o julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

Propõe-se, contudo, interpretação sistemática e teleológica da regra, a fim de que se entenda que deve ser possível a concessão de tutela da evidência também quando houver tese jurídica assentada em outros precedentes obrigatórios⁴⁹⁷, tais como aqueles previstos nos incisos do artigo 927 do Código de Processo Civil⁴⁹⁸.

É o caso, pois, da tese fixada em decisão do Supremo Tribunal Federal proferida no âmbito de controle concentrado de constitucionalidade e dos enunciados das súmulas persuasivas do Supremo Tribunal Federal, em matéria constitucional, e do Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional⁴⁹⁹.

Nesse sentido, Eduardo de Avelar Lamy advoga que:

Neste inciso esqueceu-se o legislador, entretanto, de mencionar as demais hipóteses de vinculação formal do precedente, especialmente as hipóteses de decisão firmada em ações de controle de constitucionalidade (ADI, ADC e ADPF, reguladas pelas Leis nº 9.882/99 e 9.868/99), as quais também constituem hipótese para a concessão de tutela da evidência. Tais hipóteses constam no art. 927, I, do CPC, mas mesmo possuindo idêntica eficácia vinculante inerente às demais hipóteses de vinculação do inciso II do art. 311, nele não foram previstas⁵⁰⁰.

No mesmo norte, reproduzem-se as ponderações de Bruno Vinícius da Rós Bodart sobre a matéria:

⁴⁹⁷ Sem que se queira adentrar na acirrada discussão acerca da constitucionalidade da vinculação dos denominados precedentes judiciais, o que extrapolaria o escopo deste trabalho, convém citar o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, para quem: “Como se trata de situação excepcional – Poder Judiciário a exercer função típica do Poder Legislativo – a autorização deve estar expressa no texto constitucional e, ademais, se interpreta restritivamente, como todo preceito de exceção”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, 2021, p. 1.845.

⁴⁹⁸ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 927, [n.p.]. “Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II – os enunciados de súmula vinculante;

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados”.

⁴⁹⁹ MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014, pp. 544-545.

⁵⁰⁰ LAMY, Eduardo de Avelar. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 20.

Em razão da amplitude do conceito indicado no art. 928, parágrafo único, é possível a concessão da tutela de evidência também quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula suasória do Pretório Excelso ou do STJ. Em todos esses casos, verifica-se a fixação de entendimento sobre “questão de direito material ou processual” com a finalidade de solucionar de maneira uniforme casos repetitivos⁵⁰¹.

A contradição do legislador também não passou despercebida por Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Com relação ao segundo requisito, vale dizer, a existência de precedente obrigatório ou vinculante, a letra do inciso II do art. 311 fez referência apenas a duas situações de precedentes obrigatórios previstas no art. 927 do CPC/2015: a súmula vinculante (inciso II) e o julgamento de demandas ou recursos repetitivos (inciso II *in fine*).

Há, contudo, outras situações de precedentes obrigatórios, com *vinculação forte*, previstas no mesmo art. 927, quais sejam: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (inciso I) e os acórdãos em incidente de assunção de competência (inciso III, primeira parte). Além disso, há ainda os enunciados das súmulas *persuasivas* (não vinculantes) do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional (inciso IV), cujo grau de vinculação é *média* e, bem assim, a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais o juiz ou tribunal estiver vinculado, com vinculação *fraca* (inciso V)⁵⁰².

O legislador incorreu em contradição, pois foi mais rigoroso para a concessão de uma tutela provisória do que para a prolação de um provimento definitivo. Basta verificar-se o teor do artigo 332 do Código de Processo Civil⁵⁰³, que prevê a possibilidade de improcedência liminar do pedido (tutela definitiva, portanto) com base em súmulas meramente persuasivas ou jurisprudência dominante dos tribunais ou, ainda, em enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local^{504 505}.

⁵⁰¹ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 124.

⁵⁰² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 197.

⁵⁰³ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 332, [n.p.]. “Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I – enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II – acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III – entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV – enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local”.

⁵⁰⁴ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. *op. cit.*, p. 477.

⁵⁰⁵ Daí a pertinência do questionamento feito – em tom de crítica – por Rogéria Fagundes Dotti: “Por que razão, por exemplo, a decisão em incidente de assunção de competência autorizaria a improcedência liminar (art. 332, III, do CPC) mas não da tutela da evidência?”. DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 265.

Em rigor, devem ser levados em conta todos os precedentes vinculantes exatamente porque o estabelecimento de uma *ratio decidendi* com força obrigatória por tribunal superior⁵⁰⁶ já foi antecedido de amplo debate dos principais argumentos existentes em torno do tema, limitando as possibilidades argumentativas da parte em face da qual se requer a tutela da evidência e tornando pouco provável o seu êxito (salvo se conseguir demonstrar uma distinção do caso em exame com o caso paradigma ou a superação do precedente)⁵⁰⁷.

É importante registrar a opinião contrária à posição ora sustentada. Eduardo Arruda Alvim, por exemplo, defende a taxatividade das hipóteses do inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil:

Contudo, pode-se questionar se é acertada a limitação estabelecida pelo inciso II do art. 311 no tocante às decisões precedentes proferidas apenas em julgamentos de casos repetitivos, tendo em vista justamente a necessidade de preservação da segurança jurídica e da isonomia. Parece-nos que andou bem o legislador, que estabeleceu critérios objetivos para a configuração da hipótese autorizadora de tutela da evidência prevista no inciso II do art. 311, que, por isso mesmo, não merece interpretação ampliativa⁵⁰⁸.

Esta dissertação, como visto alhures⁵⁰⁹, defende a taxatividade das circunstâncias que ensejam a concessão da tutela provisória da evidência. Tal conclusão pauta-se na premissa de que o legislador não estabeleceu uma cláusula geral apta a transferir ao juiz a análise da viabilidade ou não, caso a caso, de requisitos genericamente previstos a autorizar a concessão da tutela da evidência⁵¹⁰.

A assertiva exposta, porém, não impede que outros precedentes obrigatórios, além daqueles expressamente discriminados no inciso II do artigo 311 do Código de Processo Civil, possam ser albergados pela regra. Não se trata de interpretação extensiva ou ampliativa do rol; em rigor, o posicionamento ora firmado decorre da interpretação sistemática e teleológica do diploma processual.

⁵⁰⁶ Deve-se ter em mira que somente as Cortes Superiores formam precedentes obrigatórios, isto é, vinculantes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. As súmulas contribuem tanto na interpretação como na aplicação do Direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça – e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes.

⁵⁰⁷ MACÊDO, Lucas Buril. *op. cit.*, p. 545.

⁵⁰⁸ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, 2017, p. 326.

⁵⁰⁹ O tema foi tratado no capítulo “5.7.1.” deste trabalho.

⁵¹⁰ VEIGA, Daniel Brajal *et al. op. cit.*, p. 529.

Parte da doutrina reputa indispensável o trânsito em julgado da decisão paradigmática para que esta possa ser invocada como fundamento da tutela da evidência indicada no artigo 311, inciso II, do Código de Processo Civil⁵¹¹. No entanto, essa exigência não encontra amparo legal, estabelecendo a lei, como pressuposto para o provimento liminar, apenas que a tese tenha sido firmada em julgamento de casos repetitivos, sem qualquer menção ao trânsito em julgado⁵¹².

Cumprе consignar que a hipótese sob exame pode ser concedida liminarmente, ou seja, com a dispensa da oitiva da parte contrária. Essa é a dicção do parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Flávio Luiz Yarshell e Helena Abdo consignam aspecto interessante sobre a matéria:

A hipótese prevista no inciso do art. 311 do CPC de 2015 só tem sentido se combinada com a previsão do parágrafo único daquele dispositivo, ou seja, se for proferida em caráter liminar. Isso porque, uma vez citado o réu e verificada a hipótese aventada no inciso II (prova documental somada a precedente obrigatório), a situação passa a ensejar *julgamento antecipado (ou direito) do mérito*, ainda que *parcial*, na forma dos arts. 355 e 356 do CPC de 2015.

Se não for concedida liminarmente, a tutela da evidência careceria por completo de sentido na hipótese do inciso II do art. 311, a não ser que se pense que serviria para *retirar* o efeito suspensivo de eventual recurso de apelação a ser interposto em face de futura sentença definitiva⁵¹³.

Esse último aspecto, de grande valia no dia a dia forense, também é exaltado por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira:

Demais disso, a sentença final que confirma, concede ou revoga a tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório é impugnável por *apelação sem efeito suspensivo* (cf. arts. 1.013, § 5º, e 1.012, § 1º, V, CPC). Essa é uma das duas únicas hipóteses inovadoras de supressão de efeito suspensivo da apelação do CPC. Inclusive, basta que o juiz conceda essa modalidade de tutela provisória no bojo da sentença para que a apelação seja despida de efeito suspensivo. Torna-se, pois, uma *nova e importante* técnica de subtração do efeito suspensivo da apelação⁵¹⁴.

Daí se afirmar que a apelação interposta contra a sentença que confirma ou concede a tutela da evidência documentada e fundada em precedente obrigatório somente poderá versar sobre a “distinção” do caso em julgamento daquele que deu

⁵¹¹ CASTRO, Daniel Penteado de. *op. cit.*, 2014, p. 222.

⁵¹² BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 124.

⁵¹³ YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. *op. cit.*, p. 477.

⁵¹⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 639.

origem ao precedente ou sobre a “superação” do precedente, sob pena de desprovimento⁵¹⁵.

Na sequência, esquadrinha-se o inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil.

5.7.4. A tutela provisória da evidência fundada em contrato de depósito (artigo 311, inciso III, do Código de Processo Civil)

O artigo 311, inciso III, do Código de Processo Civil trata de hipótese bem específica: pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Acerca do contrato de depósito, Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery e Ana Luiza Nery ensinam que:

A função jurídico-econômica do contrato de depósito é a de conferir a alguém a custódia de coisa móvel com a finalidade de guarda e conservação dessa coisa, por período transitório, determinado ou não, e a sua posterior restituição, ao ensejo do pedido de devolução formulado pelo depositante. Não se trata de contrato meramente consensual. Sua celebração demanda a entrega efetiva da coisa a uma determinada pessoa escolhida, *intuitu personae*, a quem se confia a coisa depositada. A pessoalidade e a confiança são elementos caracterizadores do contrato de depósito. Trata-se de negócio unilateral, em regra gratuito, porque origina obrigação de guarda e zelo apenas para o depositário, que é o único a quem se atribui o dever de prestar. O contrato, entretanto, pode se tornar oneroso, se vier pactuada forma de remuneração para o depositário, por guardar e conservar a coisa depositada⁵¹⁶.

Convém esclarecer que o contrato de depósito é regido pelas disposições contidas no artigo 627, e seguintes, do Código Civil⁵¹⁷. Pode-se dizer que, através da referida avença, o depositário tem por obrigação guardar o bem e conservá-lo – como seu –, obrigando-se a restituí-lo, com seus respectivos frutos, ao depositante.

Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz vão além:

⁵¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 639.

⁵¹⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Ana Luiza. **Manual de direito civil: contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 359.

⁵¹⁷ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 627, [n.p.]. “Pelo contrato de depósito recebe o depositário um objeto móvel, para guardar, até que o depositante o reclame”.

O contrato de depósito encontra-se disciplinado nos arts. 627 a 652 do CC, podendo ser celebrado de forma voluntária, ou seja, quando as partes manifestam a sua vontade em realizar o negócio jurídico, previsto nos arts. 627 a 646 do CC. Ainda, pode decorrer de imposição legal, como no art. 647, I, do CC, que retrata a obrigação do hospedeiro em guardar a bagagem dos hóspedes. Há, também, o depósito miserável, consoante art. 647, II, do CC, o qual ocorre em calamidades, como incêndio, inundação, naufrágio ou saque⁵¹⁸.

Note-se que o Projeto de Lei nº 8.046/2010, elaborado pelo Senado Federal e do qual se originou o Código de Processo Civil de 2015, admitia a tutela da evidência fundada no contrato de depósito legal e convencional⁵¹⁹.

Porém, a redação final do Código de Processo Civil vigente apenas permite a tutela provisória da evidência no depósito convencional, não fazendo a indicação de que o mecanismo que garante o pleito reipersecutório possa abranger o depósito legal ou miserável^{520 521}.

Daniel Mitidiero informa que a previsão do inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil em voga veio substituir a ação de depósito, que, sob o *Codex* revogado, possuía procedimento especial:

A hipótese do inciso III do art. 311, CPC, consiste em permitir tutela antecipada com base no contrato de depósito – trata-se de hipótese que veio para tomar o lugar do procedimento especial de depósito previsto no direito anterior. Estando devidamente provado o depósito (arts. 646 e 648, CC), tem o juiz que determinar a entrega da coisa⁵²².

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, caso houvesse negativa da devolução do bem e “prova literal” do depósito (artigo 902), o depositante ingressava com ação de depósito, buscando compelir o depositário a lhe devolver o bem.

Inclusive, o artigo 902 do Código de Processo Civil revogado previa a concessão de liminar na ação de depósito. Vale dizer, bastava que o contrato de depósito fosse objeto de “prova literal”, para que se configurasse a evidência do direito invocado pelo depositante e se admitisse a tutela provisória da obrigação correspondente⁵²³.

⁵¹⁸ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, pp. 180-181.

⁵¹⁹ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 328.

⁵²⁰ *Idem, ibidem*, p. 328.

⁵²¹ Bruno Vinícius da Rós Bodart confirma que: “De acordo com o procedimento previsto no anteprojeto, a petição deveria ser instruída com prova documental da obrigação de restituir decorrente de depósito legal ou convencional. Já o CPC/2015 promulgado limita essa hipótese de tutela de evidência ao depósito convencional”. BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 129.

⁵²² MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2017, p. 169.

⁵²³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 640.

O Código de Processo Civil de 2015 preconizou essa mesma situação como uma espécie de tutela da evidência, eliminando o procedimento específico (ação de depósito) para alcançar-se a tutela jurisdicional consistente na entrega do bem e prevendo a possibilidade de cominação de multa em caso de inércia do depositário. Para tanto, o depositante deverá apresentar “prova literal” do contrato de depósito.

Assim, descumprida a avença e almejando o depositante a retomada da coisa, poderá se valer de ação de procedimento comum e, mediante a apresentação de prova literal do contrato de depósito, requerer a concessão de tutela provisória da evidência para a obtenção, desde logo, do bem.

Coloca-se, assim, como pressuposto necessário para a concessão da medida a demonstração das alegações de fato, que deve se aperfeiçoar, nos termos do inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil, por “prova documental adequada do contrato de depósito”.

Para concluir-se pela probabilidade de acolhimento da pretensão do depositante, contudo, é necessário que se configure a mora *ex re*, com o advento do termo certo, ou a ocorrência de mora *ex persona*, mediante prova documental da interpelação respectiva, se o depositário ainda não tiver sido citado (já que a citação o constitui em mora)⁵²⁴. Via de consequência, a parte deverá fazer prova do contrato de depósito, juntamente com a demonstração da recusa na entrega do bem custodiado.

Ainda que o contrato de depósito possa ser considerado um título executivo extrajudicial, se presentes os requisitos para tanto, é possível o ajuizamento de ação de conhecimento a fim de se obter título executivo judicial (artigo 785 do Código de Processo Civil). Daí a manifesta importância da tutela provisória da evidência em tal ação.

Consoante conclui Eduardo Arruda Alvim:

Com efeito, presta-se a antecipação de tutela, neste caso, a permitir que o depositante possa reaver desde logo a coisa depositada, tendo em vista que, mesmo havendo prazo estipulado em tal contrato, pode ele pretender a devolução da coisa custodiada pelo depositário a qualquer tempo, conforme prevê o art. 633 do CC/2002. Trata-se, pois, de pedido reipersecutório pelo fato de que a pretensão levada a juízo é de entrega da coisa⁵²⁵.

⁵²⁴ BODART, Bruno Vinícius da Rós. *op. cit.*, p. 130.

⁵²⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 327.

Excepcione-se que o depositário possui o direito de retenção da coisa quando o depositante não o ressarcir de prejuízos advindos pela custódia da coisa ou quando não receber o pagamento das despesas oriundas de seu cuidado (artigo 644 do Código Civil). Nessas hipóteses, a recusa do depositário torna-se legítima, e o depositante não terá sucesso na ação judicial que envolva o pedido reipersecutório⁵²⁶.

O alerta é dado por Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz:

O julgador também deve perquirir se existe possibilidade da recusa pelo depositário ser justificada. Havendo qualquer possibilidade de que a resistência à devolução tenha ocorrido como forma de retenção do depositário, deve-se oportunizar momento para a produção de defesa pelo réu, a fim de se elucidar a questão.

Com efeito, nesses casos não é apropriada a ressalva da regra da bilateralidade da audiência, a fim de que a tutela de evidência seja concedida liminarmente, devendo o autor suportar o ônus do tempo do processo até a apresentação de defesa e provas pelo réu, para que o magistrado possua maiores conhecimentos sobre a situação fática antecedente à ação⁵²⁷.

Outro aspecto do instituto merece atenção. A prova documental a que faz alusão o artigo 311, inciso III, do Código de Processo Civil deve ser compreendida como prova escrita⁵²⁸. Essa conclusão emana da própria redação do artigo 646 do Código Civil, o qual reza que “o depósito voluntário provar-se-á por escrito”.

Entretanto, não é exigível que a prova fornecida pelo depositante se refira precisa e especificamente ao contrato de depósito; na falta deste, a avença poderá ser demonstrada por qualquer prova escrita apta a atestar a relação jurídica havida entre as partes.

De fato, conforme exara Daniel Amorim Assumpção Neves:

Entendo que essa prova documental exigida pelo art. 311, III, do CPC não precisa ser necessariamente o contrato de depósito, bastando que seja uma prova escrita que demonstra a relação jurídica material de depósito⁵²⁹.

⁵²⁶ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ, Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 182.

⁵²⁷ *Idem, ibidem*, p. 182.

⁵²⁸ Essa era opinião de Adroaldo Furtado Fabrício, ao se reportar à ação de depósito regulada pelo artigo 902 do CPC/2015. FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 8, t. 3. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 221.

⁵²⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2017, p. 558.

Assim, se verbal – o que, por óbvio, prejudica a apresentação de instrumento, a existência do contrato poderá ser demonstrada por prova escrita que retrate o depósito pactuado⁵³⁰.

Não se trata de interpretar de forma ampliativa do rol do artigo 311 do Código de Processo Civil, mas, sim, de privilegiar a instrumentalidade das formas – princípio previsto no artigo 188 do mesmo diploma legal.

Questão mais complexa diz respeito à possibilidade de extensão da circunstância narrada no inciso III do aludido dispositivo legal a outros contratos em que se transfere a posse direta do bem.

Emana da lição de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro que:

A hipótese deve ser lida com certa amplitude e não ficar limitada ao contrato de depósito. Todo e qualquer pedido reipersecutório, ainda que não com fundamento em depósito, abre a possibilidade de concessão da tutela da evidência. Imagine-se, por exemplo, uma compra e venda com reserva de domínio de uma máquina e a necessidade de se retomá-la diante do inadimplemento⁵³¹.

Essa não soa, entretanto, como a melhor interpretação. Filia-se, em tal ponto, ao magistério de Artur César de Souza, para quem:

É importante salientar que a tutela de evidência, na hipótese descrita no art. 311, inc. III, do novo C.P.C restringe-se ao contrato de depósito, não abrangendo outras hipóteses de contrato em que se transfere a posse direta do bem, como, por exemplo, comodato, locação, mútuo etc. Outrossim, o contrato de depósito referido no art. 311, inc. III, diz respeito ao depósito regular (de coisa fungível) e não ao depósito irregular (coisa infungível), o qual será regulado pelo mútuo (art. 645 do C.C.B.). Prevalecem, portanto, em relação à coisa fungível as regras essenciais do contrato de mútuo e não de depósito⁵³².

De fato, conferir a todo e qualquer pedido reipersecutório a possibilidade de concessão de tutela da evidência para reaver-se o bem antecipadamente implicaria indevida interpretação ampliativa do inciso III do artigo 311 do Código de Processo Civil.

Por oportuno, é relevante registrar que, uma vez preenchidos os requisitos para tanto, a tutela provisória da evidência será concedida – de acordo com a literalidade da lei – mediante “ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa”.

⁵³⁰ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 181.

⁵³¹ RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 198.

⁵³² SOUZA, Artur César de. *op. cit.*, 2017, p. 103.

Destarte, o legislador somente admite, em caráter provisório, a tutela específica da obrigação – e não a tutela genérica ou o seu equivalente monetário. Ou seja, não há alternativa, diversamente do que estabelecia a ação de depósito, a qual previa a possibilidade de concessão da ordem de entregar a coisa ou a consignação do equivalente em dinheiro⁵³³.

Ademais, quando formulado o pedido reipersecutório, sua conversão em perdas e danos (obrigação de pagar quantia correspondente) pressupõe mais do que simples prova documental adequada do contrato de depósito; é necessário um aprofundamento cognitivo mediante apresentação da prova da impossibilidade do cumprimento da obrigação *in natura* ou da obtenção do resultado prático equivalente⁵³⁴.

Convém anotar que o artigo 311, inciso III, do Código de Processo Civil se limita a indicar a multa como medida de coerção para o cumprimento da obrigação⁵³⁵.

Todavia, não há óbices à utilização, pelo magistrado, de qualquer medida que se revele eficaz para estimular o réu a satisfazer a ordem judicial emitida. Como ensina Eduardo Arruda Alvim:

O CPC/2015, em seu art. 139, IV, estabelece a chamada “atipicidade dos meios executivos”, pela qual se atribuiu ao juiz o dever de adotar “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial”. Com isso, não há instrumento único para constranger o devedor de certa obrigação, a cumpri-la, podendo ser utilizados todos aqueles que eficazmente se apresentarem. Também no tocante à tutela provisória, prevê o CPC/2015 (art. 297) a atipicidade dos meios executivos para dar cumprimento às decisões que concedem referida modalidade de tutela, seja no que diz respeito à tutela de urgência, seja no que toca com a tutela da evidência⁵³⁶.

Forte em tais considerações, Eduardo Arruda Alvim assim conclui:

Cremos ser o caso de interpretar sistematicamente o dispositivo, de modo a permitir que não apenas a imposição de multa seja autorizada como instrumento para efetivação da decisão judicial que concede tal modalidade de tutela

⁵³³ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 184.

⁵³⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, p. 641.

⁵³⁵ A coerção por multa diária é denominada execução indireta, pois tem como objetivo forçar o executado a, mediante ato próprio, cumprir a obrigação de fazer, não fazer ou dar imposta como prestação para execução da tutela provisória. Nesse caso, a multa é fator de pressão para que o devedor efetive a tutela provisória por iniciativa própria, não obstante encurralado pela providência coercitiva da punição diária. Além disso, ressalte-se que a multa diária não tem caráter moratório nem indenizatório, pois, ainda que o devedor pague a multa, não se livra do cumprimento do quanto determinado em tutela provisória. SHIMURA, Sérgio Seiji. **Título executivo**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005, p. 178.

⁵³⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 330.

provisória. Assim, tendo em vista que o art. 311, III, parte final, do CPC/2015 não é peremptório, isto é, não dispõe que “somente” a imposição de multa será cabível em caso de inobservância da ordem de entrega do bem depositado, devem-se aplicar ao caso concreto os arts. 139, IV, 297, *caput*, e 536, *caput* e § 1º, aplicável por força dos arts. 520, § 5º, e 297, parágrafo único, todos do CPC/2015⁵³⁷.

Por fim, reforce-se que o parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil autoriza a concessão da tutela provisória da evidência, também nesta hipótese, em caráter liminar.

5.7.5. A tutela provisória da evidência amparada em prova documental suficiente, à qual o réu não oponha dúvida razoável (artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil)

Disciplina o inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil que será concedida a tutela provisória da evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”⁵³⁸.

Na redação original do anteprojeto do Código de Processo Civil de 2015 havia a seguinte formulação normativa: “a inicial for instruída com prova documental irrefutável do direito alegado pelo autor a que o réu não oponha prova inequívoca”⁵³⁹.

Vê-se que o legislador empregava expressões que levavam a uma concepção de certeza do direito da parte, o que não é compatível com a noção de probabilidade das tutelas provisórias⁵⁴⁰.

Como rememora Artur César de Souza:

Era muito criticável a exigência de prova documental *irrefutável* do direito alegado pelo autor, ou que o réu apresentasse *prova inequívoca*. Ora, se a prova for *irrefutável* do direito alegado pelo autor, não se estaria diante de uma tutela de evidência, mas, sim, de julgamento parcial do mérito.

⁵³⁷ *Idem, ibidem*, p. 330.

⁵³⁸ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 311, Inciso IV, [n.p.].

⁵³⁹ BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Título X, Capítulo 1, Seção III, III. Brasília, 2010, p. 89. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 17 de junho de 2024.

⁵⁴⁰ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 186.

Além do mais, nenhuma prova é de plano irrefutável, pois é possível gerar em relação a essa prova dúvida razoável mediante a realização de prova testemunhal na audiência de instrução e julgamento, suscitando, por exemplo, a falsidade documental⁵⁴¹.

Ao constatar a impropriedade da redação, o legislador modificou a expressão para “prova documental suficiente”.

É também pertinente a respeito da matéria a lição de Leonardo Ferres da Silva Ribeiro:

Perceba-se que não se trata de *incontrovérsia* – hipótese tratada pelo novo Código de Processo Civil como julgamento antecipado parcial do mérito (art. 356) –, mas de falta de prova consistente do réu diante de uma prova literal idônea. Presume-se, nesse caso, a inconsistência da defesa, a falta de argumentos verossímeis que possam desdourar a comprovação documental feita pelo autor. Não se cogita, aqui, de intenção procrastinatória ou do abuso do direito de defesa previstos no inc. I, mas tão somente da defesa inconsistente diante da prova literal apresentada pelo autor⁵⁴².

Assim, condiciona-se a aplicação dessa última hipótese do artigo 311 do Código de Processo Civil à inexistência de cognição exauriente, uma vez que, se o julgador possuir, ao tempo de proferir a decisão, elementos suficientes para dirimir o conflito, será caso de julgamento antecipado do pedido, ainda que parcialmente⁵⁴³.

Nessa razão, cumpre afirmar que a possibilidade de obtenção de tutela da evidência com base em prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor vem demonstrar que o legislador brasileiro optou por inserir a provável veracidade das alegações como um dos pressupostos para a concessão da tutela provisória. Daí a ponderação de Daniel Mitidiero:

A hipótese do inciso IV do art. 311, CPC, por fim, revela o clássico caso em que o tempo para produção da prova deve ser suportado pelo réu – e não pelo autor que já se desincumbiu de seu ônus probatório documental⁵⁴⁴.

Cuida-se de hipótese que mais se aproxima da essência da tutela evidente: permanece a necessidade de instrução probatória para o desfecho da lide, mas o comportamento do réu é que condicionará a concessão ou não da tutela, na exata

⁵⁴¹ SOUZA, Artur César de. *op. cit.*, 2017, p. 97.

⁵⁴² RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 198.

⁵⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2016, p. 925.

⁵⁴⁴ MITIDIERO, Daniel. *op. cit.*, 2017, p. 169.

medida em que conseguir ou não se contrapor documentalmente às provas ofertadas pelo autor na exordial⁵⁴⁵.

A previsão do inciso IV guarda, em certa medida, proximidade com aquela inserta no inciso II do mesmo dispositivo legal, por impor, tal como naquele caso, a prova documental dos fatos constitutivos do direito do autor. Diferenciam-se, todavia, com relação ao segundo requisito exigido por cada qual dos incisos em questão⁵⁴⁶.

Com efeito, no inciso II reclama-se a existência de tese firmada em precedentes vinculantes, enquanto que, para a configuração da circunstância do inciso IV, é necessário que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Outro aspecto relevante, inclusive já abordado por ocasião da análise do próprio inciso II, diz respeito à possibilidade de a prova ser documentada. Esta, na visão de Eduardo Arruda Alvim, é albergada pela noção de prova documental trazida pelo inciso IV:

Inclui-se em tal previsão, além disso, a prova documentada, que não é, originariamente, documental, mas passa a integrar os autos do processo como instrumento escrito (ainda que em formato digital), como se dá com a prova produzida antecipadamente (arts. 381 e seguintes do CPC/2015), ou a prova emprestada⁵⁴⁷.

De igual forma, Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres da Silva Ribeiro e Rogerio Licastro Torres de Mello admitem que o autor possa se valer de prova emprestada (ou seja, aquela produzida em outro processo sob o crivo do contraditório) para demonstrar documentalmente o fato constitutivo de seu direito⁵⁴⁸.

À luz do artigo 374 do Código de Processo Civil, dispensam a produção de provas os fatos “notórios” (inciso I), “afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária” (inciso II), admitidos no processo como incontroversos” (inciso III) e “em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade” (inciso IV)⁵⁴⁹.

⁵⁴⁵ LAMY, Eduardo de Avelar. *op. cit.*, pp. 21-22.

⁵⁴⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 331.

⁵⁴⁷ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 331.

⁵⁴⁸ ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil:** artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 525.

⁵⁴⁹ ARRUDA ALVIM, *op. cit.*, p. 331.

De acordo com as ideias deste trabalho – e aqui reside o traço mais polêmico do instituto sob análise –, a incidência do inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil está adstrita a causa que demande prova exclusivamente documental.

Para encaminhar tal conclusão, vale transcrever a lição de Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz:

Dois são os requisitos necessários para a aplicação do art. 311, IV, do CPC, a saber: i) os fatos constitutivos do direito devem ser demonstrados pelo autor por meio de prova documental ou documentada (p. ex., prova emprestada ou antecipadamente produzida); ii) o réu não apresente contraprova documental ou documentada suficiente, quanto a existência de fatos novos ou a inexistência/ineficácia dos fatos constitutivos, para gerar dúvida razoável a respeito do direito afirmado pelo demandante⁵⁵⁰.

No mesmo sentido, Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira sustentam que a prova dos fatos constitutivos do direito do autor e a contraprova do réu, cuja ausência se pressupõe para a concessão da tutela provisória da evidência, deve ser exclusivamente documental^{551 552}.

Afinal, se o réu não exibir prova documental contrária ao direito afirmado pelo autor – esta supostamente capaz de provocar incerteza de que o autor detém o direito que afirma possuir –, é justamente porque existe probabilidade para a concessão da tutela provisória da evidência.

Há de se consignar, portanto, que o juízo de probabilidade necessário à aplicação do artigo 311, inciso IV, do Código de Processo Civil não resulta tão somente da prova documental ou documentada exibida pelo autor, mas também do contraste entre tal prova e a atuação instrutória do réu.

Ou seja, a prova juntada pelo autor deve ser capaz de gerar a probabilidade de seu direito e não ser infirmada pelas alegações e provas documentais ou documentadas

⁵⁵⁰ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ, Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 186.

⁵⁵¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *op. cit.*, pp. 641-642.

⁵⁵² Ressalve-se a opinião em sentido contrário, emanada de Eduardo Arruda Alvim: “A exigência de que a petição inicial se faça acompanhada de ‘prova documental suficiente’ não faz imperativa a comprovação dos fatos subjacentes à lide exclusivamente por meio de documentos. Este, aliás, é outro ponto que distancia a hipótese do inciso IV daquela prevista no inciso II do art. 311, na medida em que naquele caso exige-se a prova ‘apenas’ documental, enquanto neste a ausência da expressão ‘apenas’ é relevante, a ponto de não restringir a prova tão somente a tal meio”. ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 331.

acostadas pelo réu. Verifica-se que os requisitos se relacionam, um sendo complementado pelo outro.

Reproduz-se, aqui, o entendimento de Artur César de Souza acerca do ponto:

Na verdade, o que se observa é que um requisito é pressuposto lógico do outro, porque se o réu apresenta prova suficiente para gerar dúvida razoável ao direito do autor, isso significa dizer que não há prova documental suficiente dos fatos constitutivos do mesmo direito⁵⁵³.

Nessa diretriz, Eduardo Arruda Alvim pondera que:

Além da necessidade de que haja comprovação por documentos, pelo autor, dos fatos constitutivos de seu direito (salvo se notórios ou presumivelmente existentes ou verdadeiros), é preciso que o réu não tenha levado aos autos prova capaz de gerar “dúvida razoável”.

Portanto, para efeito de incidência ou não do art. 311, IV, do CPC/2015, tanto a prova produzida pelo autor quanto aquela produzida pelo réu para se contrapor às alegações do autor e, com isso, criar dúvida razoável, deverão ser documentais (ou documentadas)⁵⁵⁴.

Aliás, é justamente por tal razão que a tutela provisória da evidência fundada no inciso IV não é passível de concessão liminar.

A noção de “dúvida razoável” é, pois, imprescindível para a correta compreensão do instituto. Conforme assinala Rodrigo Ramos:

A dúvida razoável é aquela que se justifica racionalmente, que não é intuitiva ou gratuita. A existência de um substrato probatório documental dos fatos constitutivos exige do juiz que ele demonstre por meio de argumentos a existência de elementos que coloquem em xeque a veracidade das alegações do autor. Não é necessário que se tenha certeza da falsidade delas, mas se exige mais do que uma desconfiança infundada⁵⁵⁵.

Tal dúvida, a propósito, pode dizer respeito tanto aos fatos quanto aos fundamentos jurídicos alçados pelo autor, o que significa dizer, em verdade, que cabe ao réu, a fim de não ver invertido o ônus do tempo do processo, demonstrar que o autor não tem probabilidade de vitória tamanha que justifique a concessão da tutela provisória da evidência⁵⁵⁶.

⁵⁵³ SOUZA, Artur César de. *op. cit.*, 2017, p. 99.

⁵⁵⁴ ARRUDA ALVIM, *op. cit.*, p. 332.

⁵⁵⁵ RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no Novo Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 126.

⁵⁵⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 332.

A partir de tais conceitos, Eduardo Cambi e Nicole Naiara Schmitz explicam, com precisão, a dinâmica da tutela provisória da evidência ancorada no inciso IV:

A prova a ser apresentada pelo réu deve ser pré-constituída, documental ou documentada, pois caso contrário poder-se-ia perder os propósitos da tutela de evidência, concernentes a trazer maior agilidade para a tramitação do processo. Caso o direito do autor seja provável mediante a prova documental por ele apresentada, mas o réu requeira a produção de outras provas (como a pericial, o depoimento pessoal e a testemunhal), caberá ao magistrado avaliar se tal alegação gera dúvida razoável a exigir que tais provas sejam produzidas sem a concessão imediata da tutela de evidência.

Entretanto, como tal período somente beneficia ao réu, uma vez que irá usufruir do período de tempo necessário para produzir contraprova, referida espera pelo autor não é justa quando o direito por ele afirmado é revestido de probabilidade e a defesa não é hábil a afastá-lo⁵⁵⁷.

Por outro lado, se o direito aduzido pelo autor precisar ser atestado de outro modo que não mediante prova documental, como por intermédio de perícia ou de oitiva de testemunhas, a medida antecipatória não poderá ser concedida. Nesse caso, deve-se oportunizar ao autor a chance de produção das provas necessárias para se desincumbir do ônus previsto no artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil.

Porém, se houver a concessão da tutela provisória da evidência quando a defesa do réu for incapaz de contrariar os fatos e o direito aludidos pelo autor, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa não poderão ser suprimidas. Vale dizer, não se pode violar o direito do demandado de produzir prova em contrário à pretensão inaugural no curso do processo. O réu poderá buscar objetar as alegações do autor e produzir provas capazes de infirmá-las, tendo em vista a provisoriedade da decisão proferida em sede de cognição sumária⁵⁵⁸.

A tutela provisória da evidência, inclusive, somente terá cabimento quando o réu necessitar da produção de outras provas, a serem colhidas na fase de instrução, pois, caso contrário, estar-se-ia diante da hipótese de julgamento antecipado do mérito, total ou parcial.

Nesse aspecto, refuta-se a crítica feita por Fernando da Fonseca Gajardoni e Sara Ribas Ortigosa Leite – a seguir transcrita:

Essa constatação leva a crer que a aplicação do atual inciso IV pode se tornar confusa, pois as hipóteses são muito próximas e, nesse sentido, a aplicação

⁵⁵⁷ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 187.

⁵⁵⁸ CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. *op. cit.*, p. 187.

prática desse dispositivo também poderia restar prejudicada pelo fato de, no passado, já se julgar antecipadamente o mérito, de modo que a tutela de evidência nesse caso se esvaziaria. Afinal, como o inciso IV não pode ser concedido liminarmente, não tem o condão de atribuir o bem da vida à parte que tem o direito evidente em momento mais breve. Por isso, aplicação isolada do julgamento antecipado do mérito mostra-se mais vantajosa que a aplicação isolada da tutela de evidência, porque ambos permitem o julgamento quando as provas colacionadas forem suficientes, mas o primeiro exprime decisão definitiva, proferida através de cognição exauriente, enquanto a segunda estabelece uma tutela provisória, deferida por cognição sumária⁵⁵⁹.

Repita-se: não basta que o autor acoste à exordial prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito alegado para alcançar a tutela provisória da evidência. Esta apresenta-se condicionada ao comportamento do réu, o qual – em tese – não oporá prova capaz de gerar dúvida razoável no magistrado.

Como é possível notar, não se trata de suposta incontrovérsia dos fatos aduzidos pelo autor – o que, por óbvio, implicaria o julgamento antecipado, ainda que parcial, do pedido inaugural.

A tutela da evidência goza do atributo da provisoriedade, sendo-lhe ínsita a cognição sumária. Ainda assim, não há nenhum óbice à concessão da tutela provisória da evidência por ocasião da própria prolação da sentença. A lição de Eduardo Arruda Alvim sobre o tema é apropriada:

Deveras, nada impede que o juiz, por exemplo, não se tendo convencido, *initio litis*, da presença dos pressupostos necessários à antecipação de tutela, a indefira. No entanto, em outro momento processual, completada a instrução da causa, é possível que o magistrado se convença da presença dos pressupostos necessários à tutela provisória antecipada, podendo concedê-la, caso haja pedido do autor nesse sentido. Se o juiz tiver antecipado a tutela na sentença, isso equivale a dizer que ele terá subtraído da eventual apelação o efeito suspensivo de que o recurso seria originariamente dotado (CPC/2015, art. 1.012, § 1º, V). Na verdade, como já se disse, a antecipação de tutela é possível até o instante processual em que os efeitos da sentença se façam sentir normalmente. Como, em regra, a apelação é dotada de efeito suspensivo (CPC/2015, art. 1.012, *caput*), até o instante em que a apelação seja julgada pelo tribunal, é possível, em princípio, tutela provisória antecipada. Já falamos também que não há forma nem oportunidade processual específica para se requerer a tutela provisória antecipada. Por isso, o autor poderá requerê-la, por exemplo, em sede de alegações finais (CPC/2015, art. 364). Caso a tutela provisória antecipada seja conferida ao autor na sentença, a parte em detrimento da qual tiver sido concedida a antecipação de tutela deve interpor recurso de apelação, pedindo a atribuição de efeito suspensivo ao recurso

⁵⁵⁹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. In: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, ano 13, v. 20, n. I, Rio de Janeiro, jan./abr. 2019, pp. 205-206.

(CPC/2015, art. 1.012, § 3º), se desejar impedir que a antecipação de tutela concedida na sentença seja provisoriamente executada (*rectius*, efetivada). Em nosso sentir, já à luz do CPC/73, não deveria haver dúvida de que, na hipótese, descaberia a interposição de agravo de instrumento, além do recurso de apelação. A definição do recurso cabível está intimamente ligada ao tipo de decisão que se busca impugnar⁵⁶⁰.

Aliás, o Enunciado nº 217 do Fórum Permanente de Processualistas Civis reza que “a apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência não terá efeito suspensivo automático”⁵⁶¹.

Indubitável, portanto, que a tutela provisória da evidência fulcrada no inciso IV do artigo 311 do Código de Processo Civil configura instrumento apto a aumentar a eficiência processual, ao passo que possibilita a fruição do bem da vida antes do aperfeiçoamento do trânsito em julgado.

Paradoxalmente, a sentença que proceder ao julgamento antecipado do pedido, nos moldes do artigo 355, inciso I, do Código de Processo Civil – e, portanto, no âmbito de cognição exauriente –, sujeitar-se-á, em regra, a recurso de apelação dotado de efeito suspensivo.

5.7.6. Parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil: a concessão liminar da tutela provisória da evidência

O juiz poderá conceder liminarmente a tutela provisória da evidência nas hipóteses dos incisos II e III. Essa é a literalidade do parágrafo único do artigo 311 do diploma processual.

O termo “liminar” origina-se do latim *limen*, *liminis*, que significa “entrada”, “soleira”. Assim, conforme ensina Arlete Inês Aurelli, “liminar é toda tutela provisória que

⁵⁶⁰ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, pp. 377-378.

⁵⁶¹ DIDIER JR, Fredie *et al.* (Coord.). **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis**. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Enunciado nº 217, p. 32. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2024.

é concedida pelo órgão julgador no início do processo⁵⁶². Registre-se, porém – como é intuitivo –, que as tutelas provisórias podem ou não ser liminares⁵⁶³.

De qualquer forma, é inescapável concluir que as liminares são, necessariamente, proferidas em sede de juízo de probabilidade, gozando, pois, dos atributos da provisoriedade, da revogabilidade e da sumariedade da cognição⁵⁶⁴.

O artigo 300, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, embora alocado nas disposições gerais aplicáveis a todas as espécies de tutelas provisórias, reza que a tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.

A expressão “liminarmente”, empregada pela lei em tal hipótese, quer se referir ao primeiro ato emanado pelo juízo no processo. Ou seja, se não for o ato primevo do magistrado nos autos, a concessão da tutela provisória, à luz do artigo 300, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, não será liminar⁵⁶⁵. Este, inclusive, foi o entendimento deflagrado por Rogerio Licastro Torres de Mello, em aula ministrada no curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, datada de 08 de novembro de 2021.

A assertiva alhures exposta é reforçada por Daniel Amorim Assumpção Neves, ao discorrer sobre a audiência de justificação prévia:

A audiência de justificação pode ser designada tanto diante de um pedido de tutela de urgência de forma antecedente como diante de um pedido incidental elaborado *inaudita altera parte*. Nesses casos, sempre antes da integração do réu ao processo, o juiz poderá tentar sanar dúvidas que tenha a respeito da tutela de urgência por meio da oitiva de testemunhas do autor⁵⁶⁶.

Notadamente acerca da tutela da evidência, consoante já afirmado, o parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil preconiza que somente nas hipóteses versadas nos respectivos incisos II e III o juiz poderá decidir liminarmente.

⁵⁶² AURELLI, Arlete Inês. Liminares nos procedimentos especiais e o novo Código de Processo Civil brasileiro. In: **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 105. São Paulo: Fórum, jan./mar. 2019, p. 41.

⁵⁶³ *Idem, ibidem*, p. 41

⁵⁶⁴ Tais características foram detalhadamente estudadas nos tópicos “4.5.1.”, “4.5.2.” e “4.5.3.” desta dissertação.

⁵⁶⁵ Em sentido contrário, Arlete Inês Aurelli afirma que: “Para ser liminar não é necessário que seja concedida *inaudita altera parte*”. AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2019, p. 41.

⁵⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 523.

A confirmar a possibilidade da concessão *inaudita altera parte* – e, portanto, liminar – da tutela da evidência nas hipóteses dos incisos II e III do aludido dispositivo legal, o artigo 9º, parágrafo único, inciso II, do Código de Processo Civil disciplina que:

Art. 9º. Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida:

Parágrafo único. O disposto no *caput* não se aplica:

(...)

II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III⁵⁶⁷.

Trata-se, certamente, de legítima opção legislativa. Isso porque o legislador condicionou o deferimento da tutela provisória da evidência nas hipóteses dos incisos I e IV do artigo 311 do Código de Processo Civil à apresentação de defesa inconsistente pelo réu, o que, por óbvio, demanda a sua prévia oitiva. Em tal sentido posiciona-se Cassio Scarpinella Bueno:

Justamente porque o parágrafo único do art. 311 não se relaciona com situações de urgência, não há nenhuma inconstitucionalidade na opção nele feita pelo legislador, que restringe a concessão da tutela provisória da evidência liminar aos casos dos incisos II e III do *caput* ⁵⁶⁸.

Arlete Inês Aurelli, atenta às hipóteses dos incisos do artigo 311 do Código de Processo Civil, concorda:

A primeira dúvida que poderia surgir seria por que o juiz nesses casos já não proclamaria o julgamento antecipado da lide, proferindo sentença definitiva. Em primeiro lugar, para que o princípio do contraditório e da ampla defesa não seja ferido. Veja-se que o legislador teve um grande cuidado nesse sentido porque estabeleceu que somente nos casos II e III é que o juiz poderá decidir liminarmente⁵⁶⁹.

Na mesma toada, aduz João Victor Carloni de Carvalho que:

No que tange à concessão liminar da tutela da evidência, ainda que haja crítica por parte da doutrina, o legislador optou por restringir às hipóteses dos incisos II e III do art. 311 do CPC/2015, ao dispor no parágrafo único do dispositivo, de maneira expressa, a possibilidade de decisão, liminarmente, pelo juiz. Ou seja, somente será possível ao magistrado conceder a tutela da evidência sem que seja possibilitado à parte contrária se manifestar nos autos, quando houver prova documental embasada em precedente, ou quando houver a prova do contrato de depósito e efetiva recusa de devolução do bem⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**. Art. 9º, Parágrafo Único, inciso II, [n.p.].

⁵⁶⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2018, p. 727.

⁵⁶⁹ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 56.

⁵⁷⁰ CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, p. 123.

Já Olavo de Oliveira Neto e Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira conferem interpretação mais elástica ao parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil, estendendo-o também às hipóteses dos incisos I e IV:

Ademais, se as tutelas provisórias têm gênese na Constituição da República, que assegura a proteção contra lesão a direito e que relaciona como direito fundamental o direito a um processo efetivo, então como limitar a realização imediata do “*superevidente*” direito da autora sob o fundamento de que há necessidade da prévia oitiva do réu? Nessas hipóteses extremas, numa ponderação entre a efetividade do processo e a segurança jurídica, permeada pelo contraditório e pela ampla defesa, em prol da realização do bem maior da Justiça, deve prevalecer a efetividade, com a concessão da medida liminar *inaudita altera parte* qualquer que seja a previsão legal constante do art. 311, do CPC, alegada como fundamento para a sua obtenção da tutela da evidência. Em resumo, portanto, não há como atribuir o vício da inconstitucionalidade ao art. 311, parágrafo único, do CPC, devendo o juiz, em casos extremos, com fulcro no Princípio da Efetividade, consagrado no art. no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, conceder liminar *inaudita altera parte* também para as hipóteses constantes dos incisos I e IV, do mencionado preceito legal”⁵⁷¹.

Os referidos juristas partem da premissa de que há direitos tão evidentes que não é crível cogitar a apresentação de uma defesa minimamente consistente pelo réu. O entendimento prestigia, de fato, a efetividade do processo. Não obstante, parece que a exegese ampliativa do parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil é *contra legem*. Embora a interpretação literal não seja a mais recomendável, a clarividência do dispositivo legal em apreço não permite extensão. Não há propriamente silêncio do legislador, mas, sim, vedação ao alargamento da liminar nas hipóteses dos incisos I e IV.

Luiz Guilherme Marinoni, em posicionamento diametralmente oposto, defende a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 311 do Código de Processo Civil:

O parágrafo único do art. 311 não é apenas uma peça que não foi feita para o jogo ou que não cabe no tabuleiro. Ao exigir direito evidente e, assim, não poder dispensar a análise da defesa, tutela da evidência antes da ouvida do réu não é apenas uma contradição em termos; *é igualmente uma tutela que viola o contraditório e o direito de defesa* e, portanto, é inconstitucional^{572 573}.

⁵⁷¹ OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *op. cit.*, p. 237.

⁵⁷² MARINONI, Luiz Guilherme. *op. cit.*, 2019, pp. 335-336.

⁵⁷³ Leonardo Ferres da Silva Ribeiro também critica a opção feita pelo legislador: “Como já fizemos referência anteriormente, a opção do legislador em possibilitar a liminar *inaudita altera parte* em algumas situações de tutela de evidência, deve ser criticada. Não havendo risco de dano ou de inutilidade do processo, não vemos razão para que o juiz conceda liminar sem a oitiva do réu. Sem prejuízo, não há

Em que pesem os substanciais argumentos, não parece haver inconstitucionalidade no propalado dispositivo legal. Em rigor, há uma mitigação do princípio do contraditório, postergando-o em prol da efetividade e da distribuição mais equânime do ônus do tempo do processo.

A teor de todas as considerações traçadas, infere-se que o artigo 311, parágrafo único, do Código de Processo Civil não padece de inconstitucionalidade, sendo legítima a opção legislativa que admitiu a concessão de liminar nas hipóteses dos incisos II e III e que a vedou nas hipóteses dos incisos I e IV.

5.7.7. Impossibilidade de concessão em caráter antecedente e de estabilização da tutela provisória da evidência

A premissa de que a tutela provisória da evidência pode ser concedida liminarmente nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil não permite concluir, todavia, que o pedido correlato seja passível de formulação em caráter antecedente.

Como exaustivamente assinalado, a outorga da tutela provisória da evidência independe da demonstração do *periculum in mora*. Assim, caso não haja urgência a socorrer a pretensão do autor, resta prejudicada a necessidade de que a postulação venha anteriormente ao pedido principal.

Daí por que Anselmo Prieto Alvarez assim anuncia:

A tutela provisória de urgência, seja na modalidade cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental em relação à ação de conhecimento ou de execução ao qual está vinculada. A tutela de evidência, por sua vez, será sempre incidental⁵⁷⁴.

A opinião ora expressada não é unânime. Cite-se o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves em sentido contrário:

Não concordo com a opinião doutrinária de que o legislador acertou porque o pedido de tutela provisória, em caráter antecedente, está condicionado a situações de urgência. Na realidade, é plenamente justificável que um pedido de

porque postergar o contraditório para um momento ulterior". RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *op. cit.*, p. 199.

⁵⁷⁴ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 322.

tutela da evidência se faça de forma antecedente, sem qualquer exigência de urgência, ainda mais pela possibilidade de estabilização da tutela provisória nos termos do art. 304 do CPC⁵⁷⁵.

De qualquer forma, há outro argumento capaz de sustentar o posicionamento defendido neste trabalho: inexistente previsão legal específica a respeito da concessão da tutela provisória da evidência sob a modalidade antecedente, ao passo que o *Codex* regula procedimento específico para sua ocorrência apenas das tutelas de urgência. Esse tópico, aliás, é anunciado por Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellore, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr.:

Isso indica que o legislador não supôs a possibilidade da ocorrência, pois sequer previu procedimento para suportá-la (embora, convenha-se, fosse possível a aplicação sistemática dos artigos 303 e 304 do CPC/2015). Portanto, somente incidentalmente se reclama tutela da evidência⁵⁷⁶.

Anote-se o ponto de vista avalizado por Arlete Inês Aurelli em sentido diverso:

Entendemos que há possibilidade de concessão liminar antecedente para a tutela da evidência, eis que o CPC é claro em determinar que nas hipóteses II e III, ou seja, quando alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, bem como quando se tratar de pedido reipersecutório, fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, o juiz poderá conceder liminarmente a tutela da evidência. Ora, se pode conceder liminarmente, não há nada que impeça que em sede de pedido antecedente se possa deferir o pedido de tutela da evidência⁵⁷⁷.

É bem verdade que a essência da tutela da evidência coaduna-se, inclusive, com a possibilidade de estabilização, uma vez que, tal como se dá na tutela de urgência antecipada, há a entrega à parte do bem jurídico pretendido.

O procedimento da estabilização da tutela provisória é descrito por Anselmo Prieto Alvarez:

Na hipótese de situação autorizadora do deferimento de tutela antecipada, consolidada antes da propositura da ação de conhecimento ou execução, a pessoa prejudicada poderá, em vez de pleiteá-la incidentalmente, proceder ao acesso à Justiça, restringindo expressamente o seu pedido à tutela provisória, indicando, porém, na petição inicial, qual seria a tutela definitiva cabível na hipótese, com a apresentação da lide, do direito material aplicável à espécie e da situação de urgência que justifique a concessão da prestação jurisdicional de urgência, assim como indicando valor da causa condizente com o pedido de

⁵⁷⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 506.

⁵⁷⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al*, *op. cit.*, p. 1.897.

⁵⁷⁷ AURELLI, Arlete Inês. *op. cit.*, 2018, p. 58.

mérito sobre o conflito de interesse, e recolhendo as respectivas custas processuais sobre ele.

Dessa maneira, realizado e deferido o pedido de tutela antecipada antecedente, o prejudicado deverá aditar a petição inicial em 15 (quinze) dias, de modo a delinear precisamente os termos da tutela definitiva perseguida, juntando novos documentos aos autos, se for o caso, sem a necessidade de recolhimento de novas custas processuais, sob pena de extinção do feito sem análise de mérito, prejudicando a prestação jurisdicional provisória concedida. Esse prazo de 15 (quinze) dias para aditamento é dilatório, de modo que pode o interessado pleitear a sua prorrogação desde que justificado o seu pedido.

Paralelamente ao ato de intimação do Autor para aditamento da petição inicial, o réu será citado acerca dos termos da demanda e intimado acerca da liminar deferida, assim como para comparecimento em audiência de conciliação ou de mediação, que, caso reste frustrada, abrirá o prazo de 15 (quinze) para apresentação de contestação.

Contudo, se o Magistrado entender que não é hipótese de deferimento de tutela antecipada antecedente, deve determinar o aditamento da petição inicial, para que o prejudicado, em 5 (cinco) dias, formule precisamente os termos da tutela definitiva perseguida, juntando novos documentos aos autos, se for o caso, seguindo o processo, posteriormente, pelo procedimento comum, sem a necessidade de recolhimento de novas custas processuais, sob pena de extinção do feito sem análise de mérito⁵⁷⁸.

Anselmo Prieto Alvarez prossegue e explica no que consiste o fenômeno da estabilização da tutela provisória:

A grande novidade trazida pelo NCPC de 2015 reside no fenômeno da estabilização da tutela antecipada antecedente, que ocorrerá na hipótese de o réu não interpor recurso de agravo de instrumento contra a decisão liminar que concedeu a prestação jurisdicional provisória. Nesse caso, não importa se a parte adversa contestou ou não o feito, ela deve obrigatoriamente ter recorrido da decisão concessiva da tutela provisória, sob pena de estabilização. A estabilização da tutela antecipada concede-lhe caráter satisfativo.

Isso ocorre quando a medida antecipatória coincide com o conteúdo executivo da sentença definitiva que, por ventura, seria editado em um determinado processo de conhecimento ou executivo, dispensando-se, portanto, o desenvolvimento destes últimos, até porque o bem da vida pretendido pelo prejudicado já foi alcançado com a tutela provisória antecipada, agora estabilizada face a inércia recursal do réu.

A estabilização, como dito, consolida os efeitos da tutela antecipada e leva à extinção do processo, mas não gera coisa julgada. Assim, a tutela de urgência poderá ser revista, reformada ou invalidada, em ação própria ajuizada para tanto, por qualquer das partes, extinguindo-se tal direito após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que pôs fim ao processo em que a tutela provisória foi estabilizada. A parte que pretenda o ajuizamento de demanda para debater a estabilização da tutela antecipada pode desarquivar o processo em que ela foi deferida, com o intuito de extrair elementos e documentos para confeccionar ou instruir a petição inicial da ação impugnativa⁵⁷⁹.

⁵⁷⁸ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 326-327.

⁵⁷⁹ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, pp. 327-328.

Há quem sustente que a natureza satisfativa das situações fático-processuais narradas nos incisos II e III do artigo 311 recomenda a aplicação analógica dos artigos 303 e 304 do Código de Processo Civil, sobretudo por não haver vedação legal para tanto. Consoante explica Daniel Amorim Assumpção Neves:

É claro que, nas duas hipóteses de tutela da evidência em que não cabe sua concessão liminarmente, não haverá possibilidade material de seu pedido ocorrer de forma antecedente, mas nas duas outras, nas quais a concessão pode ou deve ser liminar, é plenamente possível imaginar um pedido de forma antecedente. Como o Código de Processo Civil não trata dessa possibilidade, é possível ao intérprete propugnar pela aplicação por analogia do procedimento previsto para o pedido antecedente de tutela antecipada⁵⁸⁰.

Cassio Scarpinella Bueno agasalha, igualmente, a possibilidade de estabilização da tutela da evidência nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil:

Uma última questão se mostra pertinente: é possível que a tutela da evidência se torne estável, nos moldes do art. 304? A resposta positiva parece pressupor que o pedido do autor se fundamente nos incisos II e III do art. 311, únicos que, de acordo com o seu parágrafo único, aceitam a ocorrência da hipótese do art. 303 e que podem, por isso mesmo, sem formulados como se fossem 'anteriores' nos moldes do parágrafo único do art. 294⁵⁸¹.

José Miguel Garcia Medina tem a mesma compreensão:

Embora o art. 304 do CPC/2015 refira-se apenas à hipótese prevista no art. 303 do CPC/2015 (antecipação dos efeitos da tutela fundada em urgência), deve-se aplicar o regime ali referido, dedicado às tutelas satisfativas autônomas, também às hipóteses previstas no art. 311 do CPC/2015, no que couber. Assim, por exemplo, pode a petição inicial limitar-se ao requerimento da tutela antecipada fundada em evidência sem urgência (aplicando-se, analogicamente, o art. 303 do CPC/2015) e, nesse caso, concedida a liminar quando 'as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documental e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em enunciado de súmula vinculante do STF' (art. 311, II, do CPC/2015), e não havendo recurso nos termos do art. 304, *caput*, do CPC/2015, a decisão que concede a tutela torna-se estável (cf. comentário ao art. 304 do CPC/2015). A distinção sugerida pelo parágrafo único do art. 294 do CPC/2015 carece de sentido. Como se observou acima, a clareza da existência do direito justifica sua realização rápida, a despeito não haver urgência. Caso se admita o *discrimen* realizado pela lei, acabará o autor requerendo a tutela antecipada com base no art. 303 do CPC/2015, tão somente alegando haver urgência (ainda que esta exista em grau mínimo, ou seja,

⁵⁸⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *op. cit.*, 2020, p. 559.

⁵⁸¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *op. cit.*, 2021, p. 342.

virtualmente inexistente), apenas para autorizar a incidência da regra prevista no art. 304 do CPC/2015, viabilizando-se, assim, a estabilização⁵⁸².

Contudo, respeitados os fundamentos acima reproduzidos, o legislador não previu a possibilidade de estabilização da tutela provisória da evidência, na medida em que o artigo 304 do Código de Processo Civil – vale enfatizar – circunscreveu o instituto à tutela antecipada conferida de forma antecedente, a teor do artigo 303.

Fernando da Fonseca Gajardoni, Luiz Dellere, Andre Vasconcelos Roque e Zulmar Duarte de Oliveira Jr., embora reconheçam a compatibilidade das hipóteses dos incisos II e III do artigo 311 do Código de Processo Civil com a estabilização, comentam a opção política do legislador:

Não foi, todavia, essa a opção política do CPC/2015. Não se aplicam às tutelas de evidência, só requeríveis incidentalmente, as disposições relativas à estabilização dos efeitos da tutela, uma vez que o CPC/2015 previu a estabilização no capítulo relativo, exclusivamente, às tutelas antecipadas antecedentes. Entendeu o legislador que, já estando o pleito principal formulado, implícito está o pedido da parte pelo prosseguimento do processo nos moldes tradicionais, com eventual instrução e prolação de sentença definitiva sobre o conflito (com coisa julgada) em cognição exauriente⁵⁸³.

Heitor Vitor Mendonça Sica, na mesma toada, esclarece que, da literalidade do artigo 304 do *Codex*, extrai-se que a estabilização não se aplicaria à tutela provisória da evidência:

Diante de tais constatações, extrai-se da literalidade do dispositivo acima transcrito que a estabilização *não* se aplicaria: (a) à “tutela provisória de evidência” (arts. 294, parágrafo único, e 311); (b) à “tutela provisória de urgência cautelar” (arts. 294, *caput*, 301, 305 a 310); e, finalmente, (c) à tutela provisória requerida em caráter “incidental” (arts. 294, *caput*, e 295). Resta apenas a tutela provisória de urgência antecipada (satisfativa) pedida em caráter antecedente⁵⁸⁴.

Por fim, Rogéria Fagundes Dotti, criticando a opção política do legislador, também assevera não ser viável a estabilização da tutela provisória da evidência:

No Brasil, o legislador de 2015 lamentavelmente não previu a possibilidade de estabilização da tutela da evidência, pois o art. 304 do Código de Processo Civil limitou tal fenômeno à tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, ou seja, nos casos de urgência e pedido antecedente.

⁵⁸² MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, pp. 567-568.

⁵⁸³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et al.*, *op. cit.*, pp. 1.900-1.901.

⁵⁸⁴ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 420.

O que se verifica nessa omissão legislativa não é, verdadeiramente, um silêncio eloquente e sim uma mera decorrência prática. Explicando melhor: a ausência de previsão legal não advém de uma impossibilidade técnica de estabilização da tutela da evidência, mas de uma questão meramente procedimental. Com efeito, como todo o procedimento tendente à estabilização parte do pressuposto de uma medida antecipatória requerida em caráter antecedente ou em outro juízo, ele não se aplica à tutela da evidência. E isso porque esta é, nos termos do art. 311 do Código de Processo Civil, requerida no próprio juízo competente para conhecer do pedido principal e juntamente com ele, nunca de forma anterior.

Reconhece-se, assim, que a tutela da evidência no sistema atual não tem caráter autônomo e não pode sofrer os efeitos da estabilização. Há, contudo, respeitáveis entendimentos diversos, tanto no que diz respeito à possibilidade do caráter antecedente, quanto da estabilização.

De qualquer forma, a linha adotada por esse trabalho reconhece a impossibilidade da estabilização de acordo com a previsão legal atual⁵⁸⁵.

É, pois, em tal corrente doutrinária – consoante visto alhures – que a presente dissertação se escora.

5.7.8. Impossibilidade de concessão *ex officio* da tutela provisória da evidência

Conforme exhaustivamente assinalado, o Código de Processo Civil de 1973 não regulamentava a tutela provisória da evidência de forma sistemática. As principais hipóteses desta, ainda sob a nomenclatura de tutela antecipada, estavam alocadas no artigo 273, inciso II e parágrafo 6º.

O artigo 273, *caput*, do Código de Processo Civil de 1973 condicionava a concessão da tutela antecipada “a requerimento da parte”⁵⁸⁶. De toda sorte, havia divergência no âmbito doutrinário acerca da viabilidade da atuação *ex officio* do magistrado em tal hipótese.

Cassio Scarpinella Bueno, por exemplo, admitia a concessão da tutela antecipada de ofício, defendendo, inclusive, a possibilidade de o juiz determinar, alternativamente, a emenda da exordial com “sugestão” de requerimento da medida liminar⁵⁸⁷:

⁵⁸⁵ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, pp. 280-281.

⁵⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Art. 273, [n.p.]: “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença, da verossimilhança da alegação”.

⁵⁸⁷ CARACIOLA, Andrea Boari; Dell’ore, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 124.

À luz de uma visão constitucional do processo, parece que a resposta mais afinada ao que procurei desenvolver no item 1, no entanto, é, diferentemente, positiva. Se o juiz vê, diante de si, tudo o que a lei reputou suficiente para a concessão da tutela antecipada menos o pedido, quiçá porque o advogado é ruim ou irresponsável, não será isso que o impedirá de realizar o valor “efetividade”, sobretudo naqueles casos em que a situação fática reclamar a necessidade de tutela jurisdicional urgente (art. 273, I). Se não houver tanta pressa assim, sempre me pareceu possível e desejável que o juiz determine a emenda da inicial, dando interpretação ampla ao art. 284. Não que um não pedido de tutela antecipada enseje a rejeição da inicial; evidentemente que não. É que é essa uma porta que o sistema dá para que a postulação jurisdicional inicial seja apta no sentido de produzir seus regulares efeitos, se o caso, antecipadamente⁵⁸⁸.

Por sua vez, Araken de Assis sustentava a impossibilidade de concessão de tutela antecipada de ofício:

O art. 273, *caput*, condiciona à iniciativa da parte a antecipação dos efeitos do pedido. De modo absoluto, exclui a iniciativa do próprio órgão judiciário, situando o pleito na área reservada, pelo princípio dispositivo (art. 262), à parte⁵⁸⁹.

Teori Albino Zavascki posicionava-se na mesma diretriz:

Segundo dispõe expressamente o art. 273 do Código de Processo Civil, a antecipação da tutela depende de “requerimento da parte”, vale dizer, está sujeita ao princípio, não podendo ser concedida de ofício pelo juiz. Considera-se parte, para esse efeito, quem está postulando a tutela definitiva cujos efeitos se busca antecipar, ou seja, o autor, o reconvinte, o oponente, o substituto processual. Nos casos de ação dúplice, em que a tutela definitiva poderá vir a ser conferida ao réu, mesmo sem reconvenção, nada impede que, presentes os requisitos exigidos, venha ele, réu, pedir medida antecipatória em seu favor⁵⁹⁰.

A terceira corrente doutrinária consagrava a possibilidade de antecipação de tutela sem pedido da parte, mas apenas em situações excepcionais. Para Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

A tutela antecipada tem de ser requerida pela parte. Excepcionalmente, em casos graves e de evidente disparidade de armas entre as partes, contudo, à luz da razoabilidade, é possível antecipar a tutela de ofício no processo civil brasileiro⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ *Apud* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

⁵⁸⁹ ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). **Aspectos polêmicos da antecipação da tutela**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 22.

⁵⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 117.

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 270.

O Código de Processo Civil de 2015, como já visto, adotou a nomenclatura “tutela provisória” para se referir ao gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela da evidência. Tal conclusão decorre da própria literalidade do *caput* do artigo 294.

Nenhum dos dispositivos legais que regulam a matéria, diferentemente da redação do Código de Processo Civil de 1973, mencionam a locução “a requerimento da parte” ou qualquer outra análoga⁵⁹².

Uma primeira interpretação, portanto, poderia conduzir à conclusão de que o legislador, inovando no sistema processual, permitiu a concessão da tutela provisória de ofício. Não soa ser essa, todavia, a melhor interpretação.

Sobre a suposta possibilidade de concessão de tutela provisória de urgência antecipada *ex officio*, Andrea Boari Caraciola e Luiz Dellore, mesmo atentos à supressão da locução “a requerimento da parte”, consignam que:

Não nos parece a melhor interpretação. Isso porque o CPC tampouco afirma que é lícito ao juiz conceder *de officio* a tutela antecipada. Mas não é só. A base principiológica do Código vigente igualmente impede que assim se pense. A uma, pelo princípio da cooperação. A duas, pela vedação das decisões surpresas⁵⁹³.

A ideia do princípio da cooperação é que a prestação da tutela conte com ampla participação de todos os sujeitos processuais, do início ao fim da atividade jurisdicional. Ora, se o processo deve contar com a participação das partes, a concessão de tutela antecipada de ofício iria contra essa lógica⁵⁹⁴.

O princípio da não surpresa, por sua feita, destaca que o contraditório deve ser exercido, mesmo quando se impõe ao juiz decidir *ex officio*. Note-se que, por vezes, o próprio autor não tem interesse na obtenção da tutela provisória.

Vale observar que o Código de Processo Civil vigente estabeleceu, precisamente no artigo 302, a responsabilidade objetiva daquele em cujo benefício é concedida a tutela provisória. O tema é exposto por Anselmo Prieto Alvarez:

Cabe realçar que a efetivação da tutela provisória corre por conta e risco de seu favorecido, e este responde, na hipótese da referida tutela restar prejudicada, nos próprios autos em que ela foi concedida, pelos prejuízos causados à parte adversa. Considera-se prejudicada a tutela provisória quando: a) a tutela

⁵⁹² CARACIOLA, Andrea Boari; Dellore, Luiz. *op. cit.*, pp. 129-130.

⁵⁹³ *Idem, ibidem*, p. 130.

⁵⁹⁴ *Idem, ibidem*, p. 130.

definitiva lhe for desfavorável; b) obtida por liminar, em caráter antecedente, o favorecido não fornecer os meios necessários para a citação da parte contrária no prazo de cinco dias; c) ocorrer a cessação da eficácia da medida por qualquer constante em norma; ou d) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Além disso, caso o exequente da tutela provisória tenha agido de má-fé, responderá, também, por dano processual (arts. 79 a 81 do NCPC de 2015)⁵⁹⁵.

Eduardo Arruda Alvim ratifica:

Cumpre-nos registrar que aquele que requer a tutela provisória e obtém a medida poderá ser responsabilizado se (i) a sentença lhe for desfavorável; (ii) não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 dias, no caso da tutela requerida em caráter antecedente; (iii) cessar a eficácia da medida por qualquer hipótese legal; e (iv) o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor (CPC/2015, art. 302, I a IV). Em todos esses casos, ficará o autor obrigado a indenizar o réu pelos prejuízos decorrentes do cumprimento da medida⁵⁹⁶.

As regras descritas se estendem à tutela provisória da evidência, como também explica Eduardo Arruda Alvim:

Inicialmente, parece-nos importante assinalar que, embora o referido art. 302 se utilize da expressão “tutela de urgência”, as regras ali insculpidas também devem ser aplicadas à tutela da evidência (CPC/2015, art. 311). Não há uma diferença substancial entre elas em relação à responsabilização do beneficiado, sobretudo entre a tutela de urgência antecipada e a tutela da evidência. Ambas, fundadas na sumariedade da cognição, implicam a antecipação dos efeitos da decisão final, e a efetivação do que for provisoriamente determinado se dá por conta e risco do autor. Aliás, tanto as tutelas de urgência como a da evidência estão sujeitas à modificação ou revogação a qualquer tempo (CPC/2015, art. 296, parte final), devendo como regra ser reversíveis⁵⁹⁷.

Essa também é a convicção de Daniel Penteado de Castro:

Seja a “Tutela de Urgência (Título II)”, seja a “Tutela da Evidência” (Título III), não resta dúvida de que tratam de decisões provisórias, até porque estão topologicamente alocadas no seio do mesmo livro, denominado “Da Tutela Provisória” (Livro V). Logo, tanto a responsabilidade objetiva decorrente da tutela provisória quanto eventual exigibilidade de caução e, ainda, a observância do atributo da irreversibilidade são elementos que devem ser conjugados também quando da concessão da “Tutela da Evidência”, de sorte que os dispositivos que regulam tais regramentos ficariam mais bem alocados no Livro V, Título I (Disposições Gerais das cunhadas “tutelas provisórias” do Código de 2015). E, como já pude concluir em outra oportunidade, a chamada “tutela da evidência” não revela segredo algum que transcenda uma tutela sumária estruturada sem o requisito da urgência, porém sujeita aos mesmos atributos ligados à tutela antecipada, tais como a provisoriedade, responsabilidade objetiva advinda da

⁵⁹⁵ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 325.

⁵⁹⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 358.

⁵⁹⁷ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, pp. 358-359.

revogação da medida, exigibilidade de caução e observância da irreversibilidade⁵⁹⁸.

É nessa perspectiva que o próprio autor não pode ser surpreendido pela concessão de eventual tutela provisória sem requerimento.

Daf' Andrea Boari Caraciola e Luiz Dellore aduzirem que:

Desde logo destaque-se que o legislador, ao tratar do contraditório e vedação de decisão-surpresa (art. 9º, parágrafo único, I), expressamente afasta a necessidade de oitiva da parte contrária no caso de tutela de urgência. Porém, no caso, a concessão de uma tutela antecipada de ofício seria uma surpresa *para* o autor – inclusive com o andamento do processo sem a cooperação dele⁵⁹⁹.

Forçoso concluir, com a devida vênia aos posicionamentos contrários, que não é viável, ao menos em regra, a concessão de tutela provisória *ex officio*.

É certo, porém, que a regra comporta exceção. Maria Elizabeth de Castro Lopes, especificamente em relação à tutela provisória de urgência, diz que:

No CPC vigente, a atuação não se modificou relativamente à tutela antecipada, uma vez que a possibilidade de concessão da medida de ofício, que fora prevista no Projeto do Senado, não foi aprovada na Câmara. Contudo, é possível que, em casos excepcionais, a proibição venha a ser flexibilizada⁶⁰⁰.

Para sustentar o seu correto ponto de vista, Maria Elizabeth de Castro Lopes faz referência a uma mensagem que lhe foi encaminhada por Rogerio Licastro Torres de Mello:

No Projeto “versão Senado”, havia um artigo explícito a respeito da possibilidade de concessão das tutelas de urgência (dentre elas, a antecipada) de ofício. Era o artigo 277 da “versão Senado”, assim redigido: Em casos excepcionais ou expressamente autorizados por lei, o juiz poderá conceder medidas de urgência de ofício.

No Projeto “versão Câmara” não foi mantido o art. 277 da “versão Senado”. Na versão final do NOVO CPC, igualmente não constou qualquer dispositivo expresse acerca da possibilidade de concessão de ofício de tutelas de urgência, cautelares ou satisfativas (=antecipadas).

⁵⁹⁸ CASTRO, Daniel Penteadado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 157.

⁵⁹⁹ CARACIOLA, Andrea Boari; DELLORE, Luiz. *op. cit.*, pp. 130-131.

⁶⁰⁰ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e a tutela antecipada. In: BUENO, Cassio Scarpinella *et al.* (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 244.

De todo modo, eu pessoalmente penso que há possibilidade de concessão de tutelas de urgência (tanto cautelares – o que, você bem sabe, é pacífico –, quanto satisfativas/antecipadas) de ofício, em caráter excepcional.

A concessão *ex officio* de tutelas de urgência de natureza cautelar me parece indubitosa; a polêmica reside na possibilidade, ou não, de concessão *ex officio* de tutelas de urgência de natureza satisfativa (antecipada). Pessoalmente, defendo a ideia de que, sendo evidente a viabilidade jurídica da pretensão autoral e existindo risco de dano irreparável, está o magistrado autorizado a conceder tutela de urgência satisfativa (antecipada) ainda que a parte não o requeira.

Por exemplo, imagine-se uma petição inicial em que se narra um cenário emergencial (cobertura de plano de saúde) e a parte deixa de requerer a tutela de urgência, que aqui teria natureza satisfativa. Tal tutela emergencial, que teria natureza satisfativa (cobertura do tratamento pela operadora de saúde), poderia ser concedida de ofício.

No NOVO CPC, observe que os arts. 294 e 300 cogitam da possibilidade de concessão de tutelas provisórias (dentre elas as de urgência, cautelares ou satisfativas), não reproduzindo a linha do CPC de 1973, em cujo art. 273 cogita-se de “requerimento da parte” relativamente à tutela antecipada (que é uma das tutelas de urgência):

Art. 294. A tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência.

Parágrafo único. A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental.

Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

De todo modo, a versão final do NOVO CPC não foi explícita a respeito da possibilidade de concessão de tutelas de urgência *ex officio*, como era o art. 277 do Projeto na “versão Senado”⁶⁰¹.

Veja-se que a exceção prevista, justamente por estar atrelada a uma situação emergencial, não se aplica, ao menos em termos práticos, à tutela provisória da evidência. Aliás, sobre a inviabilidade da concessão da tutela provisória da evidência *ex officio*, João Victor Carloni de Carvalho ensina que:

Por fim, no tocante à possibilidade de concessão de tutela evidente *ex officio* pelo magistrado, entende-se incabível, na medida em que se presta a tutela de evidência a satisfazer parcela da pretensão total sem o requisito de urgência. E, assim como já se teve possibilidade de colacionar a respeito das tutelas de urgência, somente procede-se à sua concessão oficiosa se demonstrada a “extrema urgência”, inclusive a justificar a não provocação da parte para seu requerimento. Sendo assim, por ser a tutela de evidência calcada na verossimilhança das alegações independentemente do *periculum in mora*, isto é, do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, é de se imaginar que é impossível sua concessão de ofício pelo julgador⁶⁰².

⁶⁰¹ LOPES, Maria Elizabeth de Castro. *op. cit.*, pp. 244-245.

⁶⁰² CARVALHO, João Victor Carloni de. *op. cit.*, pp. 123-124.

Cumpra alinhar que o Código de Processo Civil alberga diversos dispositivos que franqueiam a atuação *ex officio* do magistrado. Cite-se, exemplificativamente, o artigo 64, parágrafo 2º, o qual trata do reconhecimento da incompetência absoluta de ofício. O silêncio do legislador, destarte, não enseja a conclusão de que é cabível a concessão da tutela provisória por impulso do juiz.

Tem-se, pois, que, a partir de uma interpretação sistemático-teleológica, o Código de Processo Civil afasta a possibilidade de concessão de tutela provisória *ex officio* – inclusive a tutela provisória da evidência.

5.7.9. A tutela provisória da evidência concedida na sentença: notas empíricas

A tutela da evidência consiste em uma técnica cujo objetivo é antecipar a tutela final, permitindo que a satisfação dos direitos evidentes ocorra logo no início ou no curso do procedimento. Essa é a lógica que lhe dá fundamento: antecipar a satisfação do provável direito antes do desfecho da causa, ou seja, antes do momento da prolação da sentença⁶⁰³.

Contudo, é possível que o juiz somente se convença da plausibilidade do direito invocado pela parte, quando do proferimento da sentença. A situação é ilustrada por Eduardo Arruda Alvim:

Deveras, nada impede que o juiz, por exemplo, não se tendo convencido, *initio litis*, da presença dos pressupostos necessários à antecipação de tutela, a indefira. No entanto, em outro momento processual, completada a instrução da causa, é possível que o magistrado se convença da presença dos pressupostos necessários à tutela provisória antecipada, podendo concedê-la, caso haja pedido do autor nesse sentido⁶⁰⁴.

Repise-se que, em regra, o recurso de apelação no ordenamento jurídico brasileiro goza de efeito suspensivo *ope legis*. Em rigor, a mera possibilidade de interposição de apelo já é suficiente para sustar a eficácia da sentença. O registro é feito por Rogéria Fagundes Dotti:

⁶⁰³ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 284.

⁶⁰⁴ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 377.

Observe-se que embora a lei estabeleça que a apelação tem efeito suspensivo (CPC, art. 1.012), em verdade, antes mesmo do recurso, a eficácia da sentença já fica obstada diante da mera possibilidade de sua interposição⁶⁰⁵.

Nesse contexto, a tutela provisória da evidência revela-se um importante instrumento em prol da efetividade da tutela jurisdicional. Com efeito, à luz do artigo 1.012, parágrafo 1º, inciso V, do Código de Processo Civil, Eduardo Arruda Alvim ensina que:

Se o juiz tiver antecipado a tutela na sentença, isso equivale a dizer que ele terá subtraído da eventual apelação o efeito suspensivo de que o recurso seria originariamente dotado (CPC/2015, art. 1.012, § 1º, V). Na verdade, como já se disse, a antecipação de tutela é possível até o instante processual em que os efeitos da sentença se façam sentir normalmente. Como, em regra, a apelação é dotada de efeito suspensivo (CPC/2015, art. 1.012, *caput*), até o instante em que a apelação seja julgada pelo tribunal, é possível, em princípio, tutela provisória antecipada⁶⁰⁶.

Rogéria Fagundes Dotti converge:

É possível que, no momento da prolação da sentença, o juiz analise o pedido de tutela da evidência, deferindo-o em um capítulo em separado. Assim, a parte da sentença referente à concessão da tutela provisória começará a produzir efeitos imediatamente, logo após a publicação do ato. É o que prevê o art. 1.012, § 1º, V, do Código de Processo Civil. O remanescente, ou seja, o julgamento do mérito propriamente dito, ficará suspenso, em virtude da possibilidade de interposição do recurso de apelação⁶⁰⁷.

Assim, caso a tutela provisória da evidência seja conferida ao autor na sentença, caberá ao réu, se desejar impedir a efetivação da medida, interpor apelação requerendo a atribuição de efeito suspensivo *ope iudicis* ao recurso (artigo 1.012, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil).

Para tanto, o recorrente deverá demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou, ainda, a existência de risco de dano grave ou de difícil reparação cumulada com a relevância da fundamentação da insurgência – nos termos do parágrafo 4º do artigo 1.012 do Código de Processo Civil. Competirá ao relator do recurso apreciar o pedido de atribuição de efeito suspensivo

O fato de a tutela provisória da evidência ser concedida no bojo da sentença não transmuda a natureza jurídica desse pronunciamento judicial. Entendimento diverso

⁶⁰⁵ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, p. 284.

⁶⁰⁶ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 377.

⁶⁰⁷ DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, pp. 284-285.

colidiria com o princípio da unicidade recursal, segundo o qual cada espécie de decisão deve ser impugnada apenas por um tipo de recurso.

Embora dividida em, ao menos, capítulo principal e capítulo acessório – este supostamente concessivo da tutela provisória da evidência –, a sentença é única do ponto de vista formal. Daí o cabimento do recurso de apelação em tal cenário. Como aduz Araken de Assis sobre a hipótese vertente:

Ora, conforme proclama o enxuto e direto art. 1.009, *caput*, da sentença cabe apelação. É o recurso claramente cabível em casos tais. O princípio da singularidade, segundo o qual não cabem simultaneamente dois recursos com a mesma finalidade contra o mesmo ato, encontra aqui expressiva manifestação e tem inteira aplicação. Não se mostra possível cindir a sentença materialmente num capítulo apelável e noutro agravável⁶⁰⁸.

Esse entendimento já era exposto por Nelson Nery Junior sob o arrimo do Código de Processo Civil de 1973:

O CPC não autoriza a “divisão” do ato judicial. Não autoriza porque define os pronunciamentos do juiz e estabelece a correspondente recorribilidade, de modo a orientar o intérprete no sentido dessa indivisibilidade. Com isto queremos dizer que, para o sistema do código, tanto na classificação do ato do juiz, quanto na aferição sobre sua recorribilidade, é importante somente a aferição *finalística* do conteúdo desse mesmo ato⁶⁰⁹.

O Código de Processo Civil vigente classifica como sentença o pronunciamento judicial que, com fundamento em seus artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução (artigo 203, parágrafo 1º). Assim, quando se trata de sentença, ainda que esta contemple capítulo destinado à concessão de tutela provisória da evidência, será cabível apenas o recurso de apelação – não se cogitando de hipotético agravo de instrumento.

Nessa conjuntura, a tutela provisória da evidência revela-se como instrumento de grande utilidade prática, justamente porque o sistema processual civil brasileiro não prevê a eficácia imediata das sentenças.

Estatisticamente, porém, a tutela provisória da evidência não tem o alcance almejado pelo legislador. Em estudo empírico sobre o tema, o qual remonta a sentenças

⁶⁰⁸ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais, v. 2, t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 457.

⁶⁰⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 121.

proferidas em 2016 e 2017 no âmbito do Poder Judiciário paulista, Fernando da Fonseca Gajardoni e Sara Ribas Ortigoza Leite concluem que:

Com a positivação genérica das tutelas de evidência do art. 311 do CPC, o legislador buscou imprimir ao texto legal a ideologia principal que norteou a reforma, que foi atribuir celeridade e eficiência ao processo, voltado a uma perspectiva gerencial do Judiciário.

No entanto, apesar de a exposição de motivos da nova legislação indicar que a reforma se prestaria a uma necessidade de caráter pragmático, buscando guarnecer o processo civil com ferramentas que permitissem enfrentar os milhares de processos, na prática, ao menos no que toca às tutelas da evidência do art. 311 do CPC, parecem ter um impacto pouco significativo⁶¹⁰.

Em parte, o problema é atribuído à inércia dos próprios advogados, que costumam associar a antecipação dos efeitos da tutela somente ao requisito da urgência. Por outro lado, não se olvida que os magistrados – equivocadamente, diga-se de passagem – vinculam a evidência a um juízo de quase certeza.

Conforme pretende esta dissertação sustentar, a evidência exsurge da maior probabilidade de uma das partes se sagrar vencedora na demanda, não se exigindo um juízo de quase certeza para a incidência das hipóteses disciplinadas pelo artigo 311 do Código de Processo Civil. É precisamente a partir de tal assertiva que se extrai o máximo aproveitamento do instituto.

Ainda assim, o aludido estudo de Fernando da Fonseca Gajardoni e Sara Ribas Ortigoza Leite demonstra que parte expressiva dos casos de deferimento da tutela provisória da evidência se dá conjuntamente à prolação da sentença em sede de julgamento antecipado do pedido⁶¹¹.

Não pairam dúvidas de que a concessão da tutela provisória da evidência, na própria sentença, deve ser estimulada, sempre em prol da efetividade e da celeridade. Entretanto, o instituto não pode, sob pena de parcial esvaziamento, restringir-se a tal hipótese⁶¹².

⁶¹⁰ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. *op. cit.*, p. 210.

⁶¹¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. *op. cit.*, pp. 207-209.

⁶¹² A reflexão é feita por Rogéria Fagundes Dotti: “Com efeito, a concessão da tutela de evidência na própria sentença é algo que deve ser estimulado a fim de assegurar maior efetividade e celeridade. Mas, como exposto ao longo do trabalho, essa técnica de antecipação não pode se limitar a esse momento final. Ao contrário, seu principal objetivo é distribuir o ônus do tempo do processo ao longo de todo o procedimento e não apenas por ocasião da sentença. Limitar a aplicação da tutela da evidência a esse momento seria desconsiderar seus reais objetivos, quais sejam: assegurar consultas processuais mais

5.7.10. A tutela da evidência contra o Poder Público

São consideradas pessoas jurídicas de Direito Público aquelas que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos, tais como a União, os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal. Também são tidas como pessoas de Direito Público as autarquias, inclusive as associações públicas, e as demais entidades de caráter público criadas por lei.

A Fazenda Pública rege-se através de princípios e normas diversos daqueles que norteiam o Direito Privado, notadamente em razão da supremacia do interesse público sobre o interesse dos particulares.

Deflui do magistério de Marcos de Azevedo que:

Interesse público é a atividade de tal modo relevante, que o Estado a titulariza, incluindo-a entre os fins que deve, necessária e precipuamente, perseguir. É o próprio interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum. A finalidade de toda e qualquer administração é o interesse público. O Estado não pode ter, senão, interesses públicos.

Diante disso, o regime jurídico-administrativo tem como um de seus principais assentos a supremacia do interesse público, que guarda estreita afinidade com os demais princípios que informaram a atuação da Administração Pública em geral⁶¹³.

É justamente a partir de tais premissas que devem ser compreendidas as tutelas provisórias em face da Fazenda Pública.

Por proêmio, urge consignar que o sistema processual vigente não exige o Poder Público do cumprimento de pronunciamentos judiciais provisórios. Em outras palavras, a tutela provisória em detrimento da Fazenda Pública revela-se inequivocamente cabível. Esse é o posicionamento de Eduardo Arruda Alvim:

Com efeito, admitir que a Fazenda Pública pudesse gozar de benefícios tamanhos que impedissem por completo a antecipação dos efeitos da tutela, ou mesmo a concessão de medidas de cunho acautelatório, significaria pôr em

adequadas, estimular os acordos e propiciar a satisfação imediata do direito da parte que já se desincumbiu de seu ônus probatório". DOTTI, Rogéria Fagundes. *op. cit.*, 2020, p. 285.

⁶¹³ AZEVEDO, Marcos de. Tutelas de urgência perante o Poder Público. *In*: CIANCI, Mirna et al. (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 563.

xeque a efetividade da atuação jurisdicional, culminando, é inegável, em violação ao devido processo legal⁶¹⁴.

Sendo espécie do gênero tutela provisória, a tutela da evidência também é albergada pelas conclusões acima lançadas. Nos dizeres, outrossim, de Eduardo Arruda Alvim:

Convém destacar, inclusive, que mesmo a tutela da evidência, que, como afirmamos no Capítulo V, tem natureza antecipatória, ao que nos parece, pode ser concedida contra a Fazenda Pública. Assim, aliás, já pensávamos ao tempo do CPC/73, tendo em vista a possibilidade de concessão de tutela antecipada em caso de abuso do direito de defesa ou manifesto propósito protelatório da Fazenda⁶¹⁵.

Em contrapartida, é lícito que a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública sofra restrições, precisamente para se preservar o interesse público⁶¹⁶. Daí Anselmo Prieto Alvarez arrematar que:

Por fim, deve ser destacado que o NCPC de 2015 não proíbe a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, somente veda o seu deferimento nas mesmas situações excepcionais e pelas mesmas motivações, que já existiam no CPC de 1973.

As regras vistas acima, portanto, servem para as tutelas provisórias voltadas contra todas as pessoas, inclusive contra o Poder Público. A legislação processual civil em vigor, como regra, não proíbe a concessão de tutela provisória contra as pessoas jurídicas de direito público (Fazenda Pública), vedando-a, porém, em situações excepcionais⁶¹⁷.

Nesse sentido, preconiza o artigo 1.059 do Código de Processo Civil que à tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos artigos 1º a 4º da Lei nº 8.437, de 30 de junho de 1992, e no artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Além disso, o parágrafo único do artigo 562 do Código de Processo Civil condicionou o deferimento de liminar nas ações possessórias que envolvam as pessoas jurídicas de Direito Público à prévia audiência dos respectivos representantes judiciais.

⁶¹⁴ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *op. cit.*, p. 413.

⁶¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 413.

⁶¹⁶ Há de se ter em mente que o artigo 1º da Lei nº 9.494/1997 estendeu à tutela antecipada contra a Fazenda Pública as restrições já então existentes às liminares contra atos do Poder Público. Inclusive, o STF, por ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4, ratificou a presunção de constitucionalidade das vedações que vigiam no ordenamento jurídico pátrio.

⁶¹⁷ ALVAREZ, Anselmo Prieto. *op. cit.*, p. 309.

As restrições à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública, a partir da limitação tal qual prevista na legislação processual, são discriminadas por Luiz Filipe de Araujo Ribeiro:

Assim, as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública poderiam ser organizadas da seguinte forma: a) compensação de créditos tributários (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); b) entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); c) reclassificação ou equiparação de servidores públicos (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); d) concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009); e) ações ajuizadas no primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, salvo em ação popular e de ação civil pública (art. 1º, § 1º e § 2º, Lei n. 8.437/1992); f) esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, Lei n. 8.437/1992); g) compensação de créditos previdenciários (art. 1º, § 5º, Lei n. 8.437/1992); h) por fim, no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar, quando cabível, exigiria a intimação da Fazenda Pública para pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (art. 2º, Lei n. 8.437/1992); i) saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (art. 29-A da Lei 8.036/1990); j) audiência prévia para a concessão de liminar na manutenção e na reintegração de posse (art. 562, parágrafo único, do CPC)⁶¹⁸.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, através do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.296 – realizado em 09 de junho de 2021 –, declarou a inconstitucionalidade do artigo 7º, parágrafo 2º, e do artigo 22, parágrafo 2º, ambos da Lei nº 12.016/2009.

A ação foi ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil, a qual questionava a limitação do alcance do mandado de segurança e apontava violação à liberdade de atividade econômica e ao amplo acesso ao Poder Judiciário.

Os dispositivos legais acima mencionados foram declarados inconstitucionais pela maioria do Tribunal Pleno, que acompanhou a divergência instaurada pelo Ministro Alexandre de Moraes.

Reputou-se inconstitucional, pois, a proibição de deferimento de liminar para compensação de créditos tributários, entrega de mercadorias e bens provenientes do

⁶¹⁸ RIBEIRO, Luiz Filipe de Araujo. O julgamento da ADI 4296/DF e suas repercussões sobre a tutela provisória contra a Fazenda Pública. **Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, 2021**, [n.p.]. Disponível em: https://congressoprocuradores.com.br/2021/media/com_submissoes/files/O-julgamento-da-ADI-4296-e-suas-repercu--es-sobre-a-tutela-proviso--ria-contr-a-fazenda-pu--blica---versa--o-atualizada-apo--s-o-aco--rda--o2021-11-20-07-16-28.docx. Acesso em 13 de maio de 2024.

exterior, reclassificação ou equiparação de servidores públicos e concessão de aumento ou extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza (artigo 7º, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/2009).

De igual modo, a Corte considerou inconstitucional, sob pena de afronta ao poder geral de cautela do magistrado, a exigência de oitiva prévia do representante da pessoa jurídica de Direito Público como condição para a concessão de liminar em mandado de segurança coletivo (artigo 22, parágrafo 2º, da Lei nº 12.016/2009).

O fim das vedações alhures explicitadas, contudo, não pode ser interpretado como um salvo-conduto para o deferimento imediato de todo e qualquer pedido liminar deduzido em sede de mandado de segurança. Logo, permanece sendo indispensável ao impetrante comprovar os requisitos necessários à concessão da tutela provisória no *mandamus*, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Outrossim, afigura-se pertinente defender a manutenção daquelas vedações e condicionantes que não guardam relação com o artigo 7º, parágrafo 2º, e com o artigo 22, parágrafo 2º, ambos da Lei nº 12.016/2009.

Sob tal assertiva, para sustentar a higidez das restrições previstas na Lei nº 8.437/1992 e no artigo 562 do Código de Processo Civil, Luiz Filipe de Araujo Ribeiro diz que:

Nessa perspectiva, estariam mantidas as seguintes vedações quanto a concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública nas demais espécies de ações: a) ações ajuizadas no primeiro grau, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal, salvo em ação popular e de ação civil pública (art. 1º, § 1º e § 2º, Lei n. 8.437/1992); b) esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação (art. 1º, § 3º, Lei n. 8.437/1992); c) compensação de créditos previdenciários (art. 1º, § 5º, Lei n. 8.437/1992); d) na ação civil pública, a liminar, quando cabível, exigiria a intimação da Fazenda Pública para pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas (art. 2º, Lei n. 8.437/1992); e) saque ou movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS (art. 29-A da Lei 8.036/1990); f) audiência prévia para a concessão de liminar na manutenção e na reintegração de posse (art. 562, parágrafo único, do CPC)⁶¹⁹.

Outro ponto merece enfretamento. Há quem sustente que os entraves à concessão de liminar contra a Fazenda Pública somente alcançariam as tutelas

⁶¹⁹ RIBEIRO, Luiz Filipe de Araujo. *op. cit.*, [n.p.].

provisórias de urgência, não albergando as tutelas provisórias da evidência. Esse é o entendimento de Anderson Rocha Luna da Costa:

Entretanto, não se insere nessa mesma lógica processual a Tutela da Evidência. Esta possui requisitos de concessão legalmente previstos no art. 311 do CPC/15, que são absolutamente distintos da Tutela de Urgência e da Medida Liminar do Mandado de Segurança. Ademais, a lei 12.016/09 não faz qualquer referência expressa à Tutela da Evidência e tampouco há qualquer previsão normativa expressa no Código de Processo Civil de 2015 que limite o poder de cautela do magistrado baseado na evidência do direito apenas ao sujeito privado e isente o poder público de contribuir para a realização da prestação jurisdicional de forma eficaz⁶²⁰.

Anderson Rocha Luna da Costa prossegue no raciocínio:

Todavia, como já exposto, ante o estabelecimento de critérios objetivos que marcaram uma clara distinção das espécies de Tutelas Provisórias, as restrições antes aplicadas à sistemática da Antecipação de Tutela prevista no Código de Processo Civil de 1973 não podem ser indiscriminadamente estendidas aos novos institutos do CPC/15, em especial a um instituto que não guarda semelhança com o previsto no código revogado, como a Tutela da Evidência⁶²¹.

O enunciado nº 35 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, na mesma orientação, preconiza que as vedações à concessão de tutela provisória contra a Fazenda Pública limitam-se às tutelas de urgência. Não parece ser essa, entretanto, a melhor interpretação.

É indubitável, conforme já assinalado, que a tutela provisória da evidência se aplica à Fazenda Pública. Porém, repise-se que a proteção ao interesse público justifica a opção legislativa traçada pelo artigo 1.059 do Código de Processo Civil – o qual deve ser analisado à luz do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

Registre-se que o referido artigo 1.059 do Código de Processo Civil faz expressa alusão ao gênero tutela provisória, compreendendo, pois, as espécies tutela de urgência e tutela da evidência.

Dá-se concluir que a tutela provisória da evidência contra a Fazenda Pública é cabível, mas se sujeita às restrições legais.

⁶²⁰ COSTA, Anderson Rocha Luna da. A tutela provisória da evidência contra a Fazenda Pública no CPC de 2015. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269448,31047-A+tutela+provisoria+da+evidencia+contra+a+Fazenda+Publica+no+CPC+de>. Acesso em 14 de maio de 2024.

⁶²¹ *Idem, ibidem*.

6. CONCLUSÃO

Ao final de todo o exposto, fazem-se necessárias as devidas ponderações a respeito dos objetivos perseguidos pela pesquisa.

É notável que o processo civil não pode ser estudado de forma dissociada do direito material. Obviamente, trata-se de ramos científicos distintos, cada qual com seu objeto de análise específico. Todavia, conceber o processo sem se atentar para o escopo de proteção ou de realização de determinado direito substancial é negar a sua própria razão de existir.

A tutela provisória vem justamente ao encontro da necessidade de transpor obstáculos para a adequada entrega da prestação jurisdicional, devendo ser apreciada sob o manto constitucional.

Assim, a perquirição da tutela provisória deve partir, sempre e necessariamente, dos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Carta Magna, os quais garantem a todos, em tempo razoável, o amplo, irrestrito e efetivo acesso ao Poder Judiciário na hipótese de lesão ou ameaça a direito.

Cumprindo observar que o Código de Processo Civil vigente adotou a nomenclatura “tutela provisória” para se referir ao gênero do qual são espécies a tutela de urgência e a tutela da evidência. A conclusão esposada decorre da literalidade do *caput* do artigo 294.

Com vistas à efetividade e à celeridade da prestação jurisdicional, a tutela provisória é calcada na sumariedade da cognição e prescinde da certeza e da segurança inerentes a uma tutela lastreada em cognição exauriente.

A distinção é nevrálgica: ao passo que a cognição exauriente propicia o máximo de certeza e segurança jurídica possíveis aos jurisdicionados, tendo como consequência principal a formação da coisa julgada material, a cognição sumária é fundada em juízo de probabilidade.

Uma indesejada consequência da cognição exauriente é exatamente o dispêndio de tempo. Em uma sociedade cada vez mais dinâmica, o tempo exerce influência sobre o comportamento humano, a estrutura das instituições e o desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, o tempo que a relação jurídico-processual demora para se resolver é fator de extrema importância para os jurisdicionados, mormente em termos de garantia ou afirmação do direito material.

O lapso temporal pode ser uma genuína tribulação para aquele que aguarda a realização da justiça. Saber que um direito demorará a ser satisfeito se o réu vier a resistir é um fato de desestímulo à sua aquisição. No plano macroscópico, as consequências econômicas e sociais podem revelar-se gravosas.

É por isso que o legislador tem criado técnicas fulcradas na sumariedade da cognição, para dar concretude aos incisos XXXV e LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal. É nesse aspecto que residem, precipuamente, as chamadas tutelas diferenciadas.

Pode-se assinalar, pois, que as tutelas diferenciadas constituem indispensável instrumento de ajuste da tutela jurisdicional às peculiaridades de cada relação de direito material.

Ora, se o acesso à justiça encontra-se franqueado, inclusive em relação à ameaça de lesão, é certo que, em muitos casos, esta somente pode ser obstada através de uma tutela de urgência – cautelar ou antecipada.

Outrossim, também à luz dos referidos ditames constitucionais, afigura-se inapropriado impingir ao autor o ônus do tempo do processo quando tenha ele probabilidade de se sagrar vitorioso na demanda.

O processo é um cenário de escassez no qual uma das partes terá de suportar os custos do tempo durante o seu curso. Em regra, salvo em situações de urgência, tal ônus compete ao autor. Contudo, consoante acima tangenciado, revela-se mais razoável atribuir à parte que demonstrar menores chances de êxito ao final do processo o peso de sua delonga.

É em tal perspectiva que a tutela provisória, consagrada precipuamente para servir às situações de urgência, passou também a albergar os chamados direitos evidentes.

Destarte, distribuindo de forma mais equilibrada, justa e equânime o ônus do tempo do processo, a tutela da evidência visa combater o denominado dano marginal do processo, caracterizado justamente pela demora ínsita à prestação da tutela jurisdicional.

A técnica da tutela da evidência permite, em sede de cognição sumária, a satisfação antecipada dos direitos que se mostrem prováveis diante das provas já produzidas e da fragilidade – efetiva ou presumida – da defesa do réu.

Vale dizer, o legislador infraconstitucional consagrou a possibilidade de o magistrado entregar antecipadamente o bem da vida ao jurisdicionado, dispensada a comprovação de urgência, nos casos em que a evidência do direito postulado não justifica qualquer retardo na sua realização.

A busca pela efetividade e pela celeridade da prestação jurisdicional impõe o dever de antecipar-se no tempo, independentemente da demonstração do *periculum in mora*, o direito tido por provável. Essa é, portanto, a essência da tutela provisória da evidência.

Não se trata a tutela imediata do direito evidente de novidade no ordenamento jurídico processual brasileiro. Com efeito, o Código de Processo Civil de 1973 já previa hipóteses de tutela da evidência, apesar de não apresentar tal nomenclatura de forma expressa. Além disso, a técnica não estava disciplinada de forma coesa no diploma processual revogado.

Coube ao Código de Processo Civil de 2015 a sistematização da matéria, concentrando no artigo 311 quatro hipóteses de concessão da tutela provisória da evidência – duas das quais não estavam dispostas no Código de Processo Civil de 1973.

Continuam a existir, é bom que se diga, outras hipóteses de tutela da evidência além daquelas dispostas no artigo 311.

Vale salientar, nesse espeque, que as situações que ensejam a concessão da tutela da evidência são taxativas, embora o rol do artigo 311 do Código de Processo Civil não seja exaustivo.

A taxatividade decorre do fato de que todas as hipóteses autorizadas da concessão da tutela da evidência, sem exceção, estão previstas em lei, ainda que não albergadas pelo artigo 311.

Compete ao juiz analisar, caso a caso, a existência ou não da probabilidade do direito invocado pelo autor para fins de concessão da tutela provisória da evidência. Isso não significa, porém, que o magistrado possa extrapolar os limites legais e reputar evidente direito que a própria legislação não trata como tal.

Enfatize-se: afirmar que a opção legislativa se deu no sentido da taxatividade não conduz à aceitação de que o rol previsto no artigo 311 do Código de Processo Civil contém todas as hipóteses autorizadoras de tutela da evidência.

Certamente o artigo 311 do Código de Processo Civil não traduz todas as situações de tutela da evidência. Contudo, entende-se que todas as hipóteses de antecipação sem urgência estão previstas em lei (no artigo 311 em outras situações fático-processuais dispersas pelas mais variadas legislações).

Urge salientar que as situações regulamentadas no artigo 311 – assim como todas as demais hipóteses de concessão de tutela provisória da evidência – demandam a demonstração da probabilidade do direito inaugural.

O inciso I do artigo 311 disciplina a circunstância em que fica caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte, tornando a duração do processo ainda mais longa e penosa. Daí a necessidade de realizar-se antecipadamente o direito invocado pelo autor.

Já o inciso II diz respeito à antecipação dos efeitos da tutela nos casos em que as alegações de fato forem suscetíveis apenas de comprovação documental e, cumulativamente, houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante no mesmo sentido daquela sustentada pelo postulante.

Por sua vez, o inciso III trata de hipótese bem específica: pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa.

Finalmente, o inciso IV reza que será concedida a tutela provisória da evidência quando “a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável”⁶²².

O juiz poderá conceder liminarmente a tutela provisória da evidência nas hipóteses dos incisos II e III. Essa é a literalidade do parágrafo único do artigo 311 do diploma processual.

⁶²² BRASIL. **Código do Processo Civil de 2015**, Art. 311, Inciso IV, [n.p.].

A premissa acima firmada não permite que se conclua, todavia, que o pedido de concessão de tutela provisória da evidência nas hipóteses dos incisos II e III do artigo 311 seja passível de formulação em caráter antecedente.

A outorga da tutela provisória da evidência independe da demonstração do *periculum in mora*. Assim, se não há urgência a socorrer a pretensão do autor, resta prejudicada a necessidade de que a postulação venha anteriormente ao pedido principal. Ou seja, o pleito de concessão da tutela provisória da evidência será sempre incidental.

Nessa esteira, o legislador não previu a possibilidade de estabilização da tutela provisória da evidência, na medida em que o artigo 304 do Código de Processo Civil circunscreveu o instituto à tutela antecipada conferida de forma antecedente, a teor do artigo 303.

Outra conclusão deste trabalho merece destaque. A partir de uma interpretação sistemático-teleológica, o Código de Processo Civil vigente afasta a possibilidade de concessão de tutela provisória *ex officio* – inclusive a tutela provisória da evidência.

Deve-se consignar que a tutela da evidência não se confunde com o julgamento antecipado (integral ou parcial) do mérito, previsto nos artigos 355 e 356 do Código de Processo Civil. Com efeito, o julgamento antecipado (integral ou parcial) ocorre quando houver esgotamento ou desnecessidade da prova, tratando-se, portanto, de cognição exauriente. A antecipação da tutela com base na evidência pressupõe, pois, a necessidade de continuidade da instrução.

Essa constatação não diminui a importância da tutela provisória da evidência, cuja concessão, inclusive na sentença, retira o efeito suspensivo de eventual recurso de apelação.

Sabido que o apelo goza de efeito suspensivo *ope legis*, nos termos do artigo 1.012, *caput*, do Código de Processo Civil vigente. Todavia, caso seja concedida a tutela da evidência, hipotético recurso de apelação contra a sentença não será dotado de efeito suspensivo *ope legis*, consoante prevê o inciso V do referido dispositivo legal.

Nessa conjuntura, a tutela provisória da evidência revela-se como instrumento de grande utilidade prática, precisamente porque o sistema processual civil brasileiro não prevê a eficácia imediata das sentenças.

Em suma, tem-se na tutela da evidência que a probabilidade do direito do autor emerge não somente de seus argumentos, mas também da própria apresentação de defesa frágil pelo réu ou da inviabilidade, presumida pelo legislador, de o réu se defender consistentemente em certas hipóteses.

Isso, por si só, não significa que caiba ao autor atestar uma probabilidade maior do direito tido por evidente quando comparada com a hipótese da tutela de urgência. Assim, afasta-se a arguição de alguns juristas no sentido de que, para a concessão da tutela provisória da evidência, seria imprescindível um alto grau de verossimilhança das alegações do autor. Na verdade, basta que, no caso concreto, o autor tenha maiores chances que o réu de se sagrar vencedor na demanda.

Conforme pretende esta dissertação sustentar, a evidência exsurge da maior probabilidade de uma das partes se sagrar vencedora na demanda, não se exigindo um juízo de quase certeza para a incidência das hipóteses disciplinadas pelo artigo 311 do Código de Processo Civil. É precisamente a partir de tal assertiva que se extrai o máximo aproveitamento do instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABDO, Helena. **O abuso do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma visão geral da tutela provisória no NCPC. *In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 82, jul./dez. 2015. São Paulo.
- ALVAREZ, Anselmo Prieto; PINHO, Américo Andrade. O julgamento interlocutório de mérito e seu regime jurídico. *In: Revista de Processo*, v. 302. São Paulo: Thomson Reuters, abr./2020.
- ANDOLINA, Italo. **Cognizione ed esecuzione forzata nel sistema della tutela giurisdizionale**: corso di lezioni. Milano: Giuffrè, 1983.
- ARAÚJO, José Aurélio de. Introdução ao sistema de tutelas cognitivas sumárias do projeto do novo Código de Processo Civil. *In: Revista de Processo*, v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./2012.
- ARMELIN, Donaldo. Tutela jurisdicional diferenciada. *In: Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 65, 1992.
- ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Tutela provisória**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A evolução do direito e a tutela de urgência. *In: ARMELIN, Donaldo. Tutelas de urgência e cautelares*: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Tutela antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas). *In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Reforma do Código de Processo Civil*. Saraiva, 1996.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. **Embargos de Declaração**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa; MEDINA, José Miguel Garcia. **O dogma da coisa julgada**: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ASSIS, Araken de. Antecipação de tutela. *In: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa (Coord.). Aspectos polêmicos da antecipação da tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: parte geral: institutos fundamentais, v. 2, t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSIS, Carlos Augusto de; LOPES, João Batista. **Tutela provisória**: tutela antecipada; tutela cautelar; tutela de evidência; tutela inibitória antecipada. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

AURELLI, Arlete Inês. Institutos fundamentais do processo civil: jurisdição, ação e processo. *In*: **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 23, n. 89, jan./mar. 2015.

AURELLI, Arlete Inês. Liminares nos procedimentos especiais e o novo Código de Processo Civil brasileiro. *In*: **Revista Brasileira de Direito Processual**, n. 105. São Paulo: Fórum, jan./mar. 2019.

AURELLI, Arlete Inês. Tutelas provisórias de urgência no CPC: remanesce a necessidade de distinção entre antecipadas e cautelares? *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no direito tributário**: entre permanência, mudança e realização. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Marcos de. Tutelas de urgência perante o Poder Público. *In*: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita de Cássia Rocha Conte; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula Chiovitti (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A “antecipação” da tutela na recente reforma processual. *In*: FIGUEIREDO TEIXEIRA, Sálvio de (Coord.). **A reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Comentários ao Código de Processo Civil**: do processo cautelar, v. 11. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1985.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Da sentença liminar à nulidade da sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Do processo cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *In: Revista de Processo*, São Paulo, v. 20, n. 77, jan./mar. 1995a.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Efetividade do processo e técnica processual. *In: Revista Forense*, v. 329. Rio de Janeiro: Forense, jan./mar. 1995b.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Por um processo socialmente efetivo. *In: Revista de Processo*, v. 27, n. 105. São Paulo, jan./mar. 2001.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Questões prejudiciais e coisa julgada**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela Sancionatória e Tutela Preventiva. *In: Temas de Direito Processual*. Segunda Série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 9, n. 33, 2006, p. 92.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela antecipada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada**: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização). 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Tutela de evidência**: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BONAGURA, Anna Paola de Souza. Uma visão geral da tutela da evidência no novo Código de Processo Civil. *In: DIDIER JR., Fredie (Coord.)*. **Grandes temas do novo CPC**: tutela provisória, v. 6. Salvador: JusPodivm, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **I Jornada de Direito Civil do Conselho de Estudos da Justiça Federal**. Enunciado nº 37. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/698>. Acesso em 15 de junho de 2024.

BRASIL. [Constituição Federal (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 14 de junho de 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm. Acesso em 15 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994**. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm. Acesso em 16 de junho de 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 14 de junho de 2024.

BRASIL. Senado Federal. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BRASIL. Senado Federal. Secretaria Especial de Editoração e Publicações. Subsecretaria de Edições Técnicas. **Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Brasília, 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 17 de junho de 2024.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistemático de direito processual civil**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: tutela antecipada, tutela cautelar e procedimentos cautelares específicos, v. 4. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari**. Padova: Cedam, 1936.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, v. 1. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014a.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Manual do mandado de segurança**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014b.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Duração razoável do processo e tutela antecipada. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.) **Tutela provisória no CPC**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAMBI, Eduardo; SCHMITZ; Nicole Naiara. **Tutela de evidência no processo civil**. São Paulo: D'Plácido, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O círculo e a linha: da “liberdade dos antigos” à “liberdade dos modernos” na Teoria Republicana dos Direitos Fundamentais. *In*: **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANTOARIO. Diego Martinez Fervenza. Duração razoável: um mandamento constitucional para a execução por quantia certa contra os entes públicos. *In*: FUX, Luiz (Coord.). **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAPEZ, Fernando. Neoconstitucionalismo e o Estado democrático de Direito. **Consultor Jurídico**, 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-fev-02/controversias-juridicas-neoconstitucionalismo-estado-democratico-direito/>. Acesso em 14 de agosto de 2023.

CAPONI, Remo. Rigidez e flexibilidade do processo ordinário de cognição. *In*: **Revista Eletrônica de Direito Processual**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARACIOLA, Andrea Boari; Dell'ore, Luiz. Antecipação de tutela *ex officio*? *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000, v. 1.

CARVALHO, João Victor Carloni de. **Tutela da evidência no ordenamento processual brasileiro**. Leme: Mizuno, 2020.

CASTRO, Daniel Penteado de. **Antecipação da tutela sem o requisito da urgência: panorama geral e perspectivas**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

CASTRO, Daniel Penteado de. Responsabilidade pela fruição da tutela provisória. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CHAPOUTOT, Johann. **A revolução cultural nazista**. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2022.

CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. *In*: **Rivista dei diritto commerciale**, v. 9, parte I, 1911.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, v. 1. 2. ed. Tradução de José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. *In*: MENDES, Gustavo José Tepedino; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Doutrinas Essenciais: obrigações e contratos**, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Anderson Rocha Luna da. A tutela provisória da evidência contra a Fazenda Pública no CPC de 2015. **Migalhas**, 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269448,31047-A+tutela+provisoria+da+evidencia+contra+a+Fazenda+Publica+no+CPC+de>. Acesso em 14 de maio de 2024.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Tutela de evidência no projeto do novo CPC – uma análise dos seus pressupostos. *In*: ROSSI, Fernando *et al.* (Coord.). **O futuro do processo civil no Brasil**: uma análise crítica ao projeto do novo CPC. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Ação monitória**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997a.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. As garantias constitucionais do processo civil no aniversário dos 30 anos da Constituição Federal. *In*: **Revista do Advogado**, São Paulo, ano XXXVIII, n. 140, nov./2018.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997b.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela, v. 2. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Pedro Miranda de, NEVES JR, Ricardo Carneiro; RODRIGUES, Luíza; LAMY, Eduardo (Coord.). **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**. Florianópolis, 24, 25 e 26 de março de 2017. Enunciado 217, p. 32. Disponível em: <https://institutodc.com.br/wp-content/uploads/2017/06/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf>. Acesso em 16 de junho de 2024.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma da Reforma**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, v. III. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *In: Revista de Processo*. São Paulo, v. 9, n. 34, abr./jun. 1984.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O futuro do direito processual civil. *In: Revista Forense*, v. 36. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Regime jurídico das medidas urgentes. *In: Revista Jurídica*, v. 49, n. 286. Porto Alegre, 2001b.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2016.

DOTTI, Rogéria Fagundes. **Tutela da evidência**: probabilidade, defesa frágil e o dever de antecipar a tempo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. **Comentários ao Código de Processo Civil**, v. 8, t. 3. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Prejudicialidade**: Conceito, Natureza Jurídica, Espécies de Prejudiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

FERREIRA, William Santos. Responsabilidade objetiva do autor e do réu nas cautelares e antecipadas: esboço da teoria da participação responsável. *In: Revista de Processo*, n. 188.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Preliminares, Prejudiciais e Mérito da Causa**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 12 de fevereiro de 2024.

FUX, Luiz. **Tutela de segurança e tutela da evidência (fundamentos da tutela antecipada)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. **Teoria geral do processo**: comentários ao CPC de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; LEITE, Sara Ribas Ortigosa. Breve análise empírica da Tutela de Evidência (art. 311 do Código de Processo Civil) no âmbito do TJSP. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, ano 13, v. 20, n. 1, Rio de Janeiro, jan./abr. 2019.

GALANTER, Marc. Afterword: Explaining Litigation. *In: Law and Society Review*, v. 9, 1975.

GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, v. II. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GRECO, Leonardo. Procedimentos especiais, tutela provisória e direito transitório. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Novo CPC: doutrina selecionada**, v. 4. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

HOBSBAWN, Eric. **A era do capital**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

HOBSBAWN, Eric. **A era dos extremos: o breve século XX**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

HOFFMAN, Paulo. Princípio da razoável duração do processo. *In*: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth Castro (Org.). **Princípios processuais civis na Constituição**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

JOBIM, Marco Félix. **As funções da eficiência no processo civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LAMY, Eduardo de Avelar. **Tutela provisória**. São Paulo: Atlas, 2018.

LASKI, Harold Joseph. **O liberalismo europeu**. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. Tutela jurisdicional diferenciada no Projeto de Novo Código de Processo Civil. *In*: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 48, n. 190 abr./jun., 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/453>. Acesso em 25 de agosto de 2023.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Tutela antecipada sancionatória**. São Paulo: Malheiros, 2006.

LOPES, João Batista. A prova na tutela antecipada. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES, João Batista. **Curso de direito processual civil – Parte geral**, v. 1. São Paulo: Atlas, 2005.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

LOPES, João Batista. **Tutela antecipada no processo civil brasileiro**: de acordo com o novo CPC. 5. ed. São Paulo: Castro Lopes, 2016.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. O juiz e a tutela antecipada. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC**: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Medidas preventivas**. 2. ed. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. *In*: CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita; MOURÃO, Luiz Eduardo; GIANNICO, Ana Paula (Coord.). **Temas atuais das tutelas diferenciadas**: estudos em homenagem ao professor Donaldo Armelin. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das decisões e execução provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. *In*: BEDAQUE, José Roberto dos Santos Bedaque (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes Judiciais e o Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2014.

MARCATO, Antônio Carlos. **O processo monitorio brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação de tutela**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo, v. I. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Efetividade do processo e tutela de urgência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1994. MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela de urgência e tutela da evidência**: soluções processuais diante do tempo da justiça. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de Processo Civil comentado**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”**. 30 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MILANI, Daniela Jorge. Tutela de evidência: justiça em tempo hábil. *In*: **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, v. 59, 2014.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MITIDIERO, Daniel. Tutela antecipatória e defesa inconsistente. *In*: ARMELIN, Donaldo (Coord.). **Tutela de urgência e cautelares**: estudos em homenagem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Demasiados recursos? *In*: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil**: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MONIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu. Efetividade do processo de execução. *In*: **O processo de execução** – Estudos em homenagem ao Prof. Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Fabris, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. *In*: **Revista de Informação Legislativa**, ano 51, n° 204, out./dez. 2014. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/204/ril_v51_n204_p269. Acesso em 08 de agosto de 2023.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1973.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev., ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY, Ana Luiza. **Manual de direito civil**: contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NETTO, Menelick de Carvalho. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *In*: **Revista de direito comparado**, v. 3. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

NEVES, Celso. **Estrutura fundamental do processo civil**: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada Sancionatória. *In*: **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 43. São Paulo: Dialética, 2006.

NUNES, Dierle; ANDRADE, Érico. Os Contornos da Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipatória no Novo CPC e o Mistério da Ausência de Formação da Coisa Julgada. *In*: **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 56, abr./jun. 2015.

NUNES, Luiz Antônio. **Cognição judicial nas tutelas de urgência**. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Garantias constitucionais do processo civil**, t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. Da tutela antecipada à tutela superantecipada: breves considerações acerca dos requisitos essenciais da petição inicial simplificada. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela Provisória no CPC**: Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. **Tutela provisória**. São João da Boa Vista: Filomática Sorocabana, 2021.

PROTO PISANI, Andrea. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1994.

PROTO PISANI, Andrea. Tutela giurisdizionale differenziata e nuovo processo del lavoro. *In*: **Studi di Diritto Processuale del Lavoro**. Milano: Giuffrè, 1977.

RAMOS, Rodrigo. **A tutela provisória de evidência no Novo Código de Processo Civil**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

REGONINI, Gloria. Estado do Bem Estar. *In*: BOBBIO, Norberto *et al.* (Org.). **Dicionário de política**. Brasília: UNB, 1983.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela de evidência do CPC/1973 ao CPC/2015. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, Luiz Filipe de Araujo. O julgamento da ADI 4296/DF e suas repercussões sobre a tutela provisória contra a Fazenda Pública. **Congresso Nacional de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal**, 2021. Disponível em: https://congressoprocuradores.com.br/2021/media/com_submissoes/files/O-julgamento-da-ADI-4296-e-suas-repercussões-sobre-a-tutela-provisória-contra-a-fazenda-pública-versão-atualizada-após-o-ato-rd-2021-11-20-07-16-28.docx. Acesso em 13 maio de 2024.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. *In*: FARIA, José Eduardo (Coord.). **Direito e justiça**: a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Paradoxos do liberalismo**: teoria e história. São Paulo: Vértice, 1988.

SHIMURA, Sérgio Seiji. **Título executivo**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2005.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada” *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de;

LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC: dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, João Paulo Hecker da. **Tutela de urgência e tutela da evidência nos processos societários**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada (tutelas de urgência e medidas liminares em geral)**. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada prevista no relatório final da Câmara dos Deputados em relação ao novo CPC: da tutela de evidência e da tutela satisfativa: última parte. **Revista de Processo**, v. 235. São Paulo: Revista dos Tribunais, set/2014.

SOUZA, Artur César de. **Tutela provisória: tutela de urgência e tutela de evidência**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Almedina, 2017.

TALAMINI, Eduardo. **Tutela monitória: a “ação monitória” – Lei 9.079/95**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *In: Revista de Processo*, v. 154, dez. 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (Coord.). Abusos dos direitos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, v. I. 47. ed. Rio de Janeiro, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 56. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015a.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, v. I. 57. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**, v. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015b.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum, v. I. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. São Paulo: Leud, 1976.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo cautelar**. 15. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Tutela jurisdicional de urgência**: medidas cautelares e antecipatórias. 2. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

VEIGA, Daniel Brajal; FONSECA, Geraldo; D'ÓRIO, Rodrigo; FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares; ARMELIN, Roberto. Tutela provisória: questões polêmicas. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 2. ed. Campinas. Bookseller, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). **Reforma do Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

YARSHELL, Flávio Luiz; ABDO, Helena. As questões não tão evidentes sobre a tutela da evidência. *In*: BUENO, Cassio Scarpinella; MEDEIROS NETO, Elias Marques de; OLIVEIRA NETO, Olavo de; OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). **Tutela provisória no CPC**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação de tutela**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.